Oeffentliches und privates Recht im Umbruch des Rechtsdenkens.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Regierungsreferendar

Heinz Knorr

aus Halle.

Berichterstatter:

Prof. Dr. Noack und Prof. Dr. Langer.

1938

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsübersicht.

		Seite
	Vorbemerkung.	1—2
§ 1.	Das Wesen der Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht unter Berücksichtigung der wesentlichsten Theorien und der Dualismus im Recht.	2—7
§ 2.	Die geschichtlichen Grundlagen des Dualismus im Recht und seine Abhängigkeit von der sozialen und politischen Grundgestalt eines Volkes, dargelegt an der vergleichenden Gegenüberstellung des römischen und germanischen Rechts.	8—17
§ 3.	Die Herausarbeitung des Gegensatzes von privatem und öffentlichem Recht im späten mittelalterlich deutschen Recht und ihre politischen Ursachen.	17—21
§ 4.	Die Vollendung der Trennung und des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht im liberalen Rechtsstaat.	21—26
§ 5.	Die Versuche einer Dreiteilung der Rechtsordnung und ihre geistige Grundlage.	26—29
§ 6.	Der Wegfall der Grundlagen des Gegensatzes von Privatrecht und Öffentlichem Recht durch die nationalsozialistische Revolution. .	29—35
§ 7.	Rechtseinheit als rechtsphilosophisches Problem.	35—38
§ 8.	Die Zweiteilung des Rechtsstoffes als Gliederungsproblem. . .	38—41
§ 9.	Neue Gliederungsvorschläge seit 1933.	41—45
§ 10.	Die praktische Verwertbarkeit der gewonnenen Ergebnisse insbesondere mit Rücksicht auf § 13 GVG.	45—54
	A. Die verschiedenartige Gestaltung der Rechtsverhältnisse Grundlage für die verschiedene Zuständigkeit der Gerichte. . . .	45—47
	B. Die Anerkennung einer funktionalen Unterschiedlichkeit der Rechtsverhältnisse auch im einheitlichen Gemeinschaftsrecht. . .	47—48
	C. Die Unterscheidung der privatrechtlichen, d. h. durch Volksgenossen eigenverantwortlich gestalteten Rechtsverhältnisse von den öffentlich-rechtlichen, d. h. durch das unmittelbare Tätigwerden von Trägern öffentlicher Gewalt ausgezeichneten Rechtsverhältnissen die Grundlage für die verschiedene Zuständigkeit der Gerichte gemäß § 13 GVG.	48—53
	Schlußwort.	53—54
	Literaturverzeichnis, Zeitschriften usw.	55—60
	Lebenslauf	61

Vorbemerkung.

Gliederungen des geschriebenen Rechts eines Volkes sind nie zufällig, willkürlich, sondern haben immer ihren Sinn und ihre Geschichte. Sie folgen organisatorischen Ordnungen des politischen und sozialen Lebens (Staat, Stände, Selbstverwaltung, Justiz), sie entsprechen den besonderen Bereichen des politischen und wirtschaftlichen Lebens, wie sie sich im Volk herausgebildet haben (Recht des Bauernhofes, des Betriebes), sie können auch Ausdruck sein verschiedener Anschauungen und politischer Kräfte, deren Begegnung oft auch im Recht ihren sichtbaren Niederschlag findet[1]).

Unbestritten faßte man bisher — um nur auf die wesentlichsten Rechtsnormen abzustellen — die Summe der gesetzlichen Vorschriften des Staats-, Verwaltungs- und Strafrechts sowie der Zivil- und Strafprozeßordnung unter dem Begriff „Öffentliches Recht", die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des Handels-, Wechsel-, Scheck- und Urheberrechts unter der Bezeichnung „Privatrecht" zusammen[2]). Überhaupt ist die Arbeit der Rechtswissenschaft der vergangenen Epoche durch das Streben gekennzeichnet, die Fülle des vorhandenen Gesetzesmaterials dieser Zweiteilung unterzuordnen[3]), die seit Savigny den Ausgangspunkt der bisher herrschenden Rechtssystematik darstellt[4]).

Auch diese Zweiteilung ist daher zunächst einmal Gliederung des Rechtsstoffes. Auch sie muß nach dem Gesagten irgendwie zwei besonderen Teilbereichen des politischen oder sozialen Lebens entsprechen oder sogar sichtbarer Ausdruck der Auseinandersetzung widerstrebender geistiger Anschauungen, vielleicht eines politisch-weltanschaulichen Kampfes sein.

Nun kann die Unterscheidung nicht — genau so wenig wie jede andere Gliederung des Rechts — eine „logische", „begriffliche", „vorgesetzliche" oder „übergesetzliche" sein, die notwendig jeder gesetzlichen Gestaltung des Rechts innewohnen müßte. Wie jene muß sie bedingt und geschaffen sein

---

1) Scheuner, „Die Bedeutung der Unterscheidung zw. öffentl. u. priv. Recht, insbes. f. die Gerichtsverfassung", in DJZ 1935, S. 1462/63.

2) vgl. Walz, „Vom Wesen des Öffentlichen Rechts", S. 56/57; J. Holliger, Züricher Dissertation 1904, S. 49—54.

3) statt vieler: Holliger a. a. O. S. 54 ff., bes. S. 58.

4) ders., § 1 S. 3 unter Hinweis auf Jellinek, „Das Recht des modernen Staates, S. 345 Anm. 2.

durch die Entfaltung des Volkslebens[5]). Es ist daher nach der umwälzenden Umgestaltung unseres staatlichen und völkischen Lebens durch die nationalsozialistische Revolution eine wichtige Aufgabe, Sinn und Wesen der Unterscheidung aufzufinden, ihren ideenmäßigen Grundgehalt zu erfassen und daran die Möglichkeit ihrer Beibehaltung in dem durchgreifend erneuerten deutschen Recht und seiner gesetzlichen Gestaltung zu prüfen.

§ 1. Das Wesen der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht unter Berücksichtigung der wichtigsten Theorien und der Dualismus im Recht.

Die Frage, worin denn eigentlich der Unterschied der durch die Zweiteilung hervorgehobenen Teilbereiche der Rechtsordnung liege, hat insbesondere seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts im Mittelpunkt rechtswissenschaftlicher Betrachtung gestanden. Fast unübersehbar ist die Fülle des Materials, das über dieses Problem zusammengetragen worden ist, und das Streben, ein für alle Fälle gültiges „Unterscheidungskriterium" zu finden, hat eine große Zahl von Theorien auf den Plan gerufen. Jakob Holliger zählt in seiner Züricher Dissertation von 1904 allein 17 auf[6]). Er hat, auch wenn er selbst nicht zu der Lösung der Frage durchgedrungen ist, doch das Verdienst gehabt, als erster eine Gruppierung dieser Theorien unter größeren Gesichtspunkten vorgenommen, die Unhaltbarkeit der meisten von ihnen nachgewiesen und in dem Streit um das von einer jeden derselben erhobene Postulat, nun wirklich die Patentlösung zu enthalten, die Zahl der im Widerstreit liegenden Theorien auf im wesentlichen zwei beschränkt zu haben[7]).

Es ist im Rahmen der Aufgabe dieser Arbeit notwendig und aufschlußreich, die Gesichtspunkte darzustellen, von denen aus die bisherigen Theorien das Wesen der Unterscheidung zu finden bemüht waren. Dazu mag die Zusammenstellung Holligers herangezogen werden. — Holliger teilt die von ihm vorgefundenen Theorien in zwei Hauptgruppen. Die erste Gruppe, der er zwei Theorien einordnet, sieht das Wesen des Unter-

5) vgl. Scheuner, a. a. O. S. 1463.
6) a. a. O. S. 11—15
7) vgl. Loeb, „Öffentliches Recht — Privatrecht — Sozialrecht die Dreiteilung im Rechtssystem (Inauguraldissertation Frankfurt a. Main 1930) S. 7, 12. Nach Schelcher, „Justiz und Verwaltung" i. Fischers Zeitschr. Bd. 50 S. 170 ist eine dritte Theorie, die von Prazak, wesentlich.

schiedes in rein äußerlichen Dingen, nämlich a) in einem Moment der Gesetzgebungstechnik: alles was in einem bürgerlichen Gesetzbuch steht, ist bürgerliches = privates Recht, und b) einem Moment der Rechtspflegeorganisation: „Kriterium" des privatrechtlichen Rechtssatzes ist der Privatanspruch, dessen Kennzeichen wiederum die Verfolgbarkeit auf dem Wege des Zivilprozesses. Die zweite Gruppe, enthaltend die Theorien 3 bis 17, erblickt den Unterschied in Merkmalen, die aus dem formulierten Rechtssatz selbst ersichtlich sind. So ist in der Untergruppe A mit den Theorien 3 und 4 entscheidend die Entstehungsgeschichte des Rechtssatzes bzw. die ratio legis, die Beantwortung der Frage: cui bono, welchem Rechtsgut dient der Rechtssatz? Schützt er den Willen eines Gemeinwesens oder eines einzelnen? — Die Theorien 5 bis 8 der Untergruppe B halten für maßgeblich den verschiedenen Grad der Kraft des Rechtssatzes. Die Untergruppe C schließlich mit den Theorien 9 bis 17 sieht den Unterschied zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Normen in den objektiven und subjektiven Beziehungen, welche jeweils durch den betreffenden Rechtssatz konstituiert werden.

Die Unzulänglichkeit der Theorien der ersten Gruppe ist so offensichtlich, daß es eines näheren Eingehens auf sie nicht bedarf[8]). Allen anderen Theorien ist gemeinsam die Eigenschaft, daß sie, indem sie sich mit der Tatsache einer traditionellen Einteilung abfinden, sie als gegeben hinnehmen und nun ihre einzige Aufgabe darin erblicken, diese Tatsache des Näheren zu untersuchen[9]), allein auf die Summe der vorhandenen gesetzlichen Normen, das sogenannte positive Recht abstellen und aus dem Inhalt dieser Rechtsnormen vergeblich das Wesen des Unterschiedes herzuleiten und zu begründen versuchen[10]).

Dieses Streben kennzeichnet auch zwei von den drei Theorien, die bis in die Gegenwart in erster Linie für sich in Anspruch genommen haben, ein brauchbares „Kriterium" für die Scheidung der Normen des Öffentlichen von denen des Privatrechts zu liefern. So insbesondere auch die Theorie von Prazák[11]). Sie erblickt das entscheidende Merkmal für den

8) vgl. über ihre Unwesentlichkeit Schelcher, a. a. O., S. 150—157.

9) vgl. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II, 1883, S. 151.

10) vgl. Woelker, „Der Gegensatz zw. öffentl. u. privatem Recht" in Fischers Zeitschrift Bd. 72 (1935) S. 258.

11) vgl. Prazák, „Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden" in Arch. öff. R. 4 (1889) S. 241 ff. — Weitere Vertreter sind: Maßmann, „Die öffentlichrechtliche Vorfrage im bürgerl. Rechtsstreit" i. Fischers Zeitschr. Bd. 66 S. 129 ff., bes. S. 173/174; Schelcher, a. a. O. S. 170 ff.

Unterschied zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht in dem Wesen der Rechtsnorm, „von der das den Gegenstand der behördlichen Tätigkeit bildende Lebensverhältnis beherrscht wird“[12]). Fragt man dann, wer denn nun das Wesen der Rechtsnorm bestimme, dann antwortet Prazák: Der Gesetzgeber. Er, der Urheber des Gesetzes, könne die Rechtssubjekte, welche an den durch die Rechtsnormen geregelten Rechtsverhältnissen beteiligt seien, entweder als Glieder der ihm notwendig erscheinenden Verbände oder als selbständige Existenzen ins Auge gefaßt haben; je nachdem sei die Norm öffentlichrechtlich oder privatrechtlich. Entscheidend ist also für die Auffassung Prazáks, daß jede Norm einen für alle Zeiten festgelegten öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Charakter hat und je nachdem, welchen Lebensvorgang sie regelt und damit nach der Meinung Prazáks zu einem Rechtsvorgang macht, auch ihm öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Charakter verleiht. Damit lehnt Prazák nachdrücklich ab, vom Leben, von den lebenstatsächlichen Vorgängen und den Lebensverhältnissen her den Unterschied zu ergründen. Er setzt das Recht vor das Leben und zwingt dazu, bei der Auslegung der Gesetze zurückzugehen auf einen in der Vergangenheit liegenden Willen eines unsichtbaren, von der lebendigen Wirklichkeit und vom Gesetz selbst losgetrennten Urhebers[13]).

Die Interessentheorie[14]) geht aus von dem inhaltlichen Zweck der Rechtsnormen und scheidet sie in solche, die dem Schutz der Individualinteressen und solche, die den Interessen der Allgemeinheit und deren Schutz dienen. Die Unmöglichkeit, schon in einer Zeit, die von dem Gegensatz von Staat und Einzelperson und ihren widerstrebenden Zielen und Interessen ausging und für die die Aufstellung einer solchen Interessentheorie geradezu charakteristisch war, eine scharfe Abgrenzung zwischen Individualinteresse und Interesse der Allgemeinheit zu treffen, sowie die schon dieser Zeit aufdämmernde Erkenntnis, daß die Normen des Öffentlichen Rechts auch dem Schutz der einzelnen und die Normen des Privatrechts auch dem Interesse der Allgemeinheit dienen, hat dann bald zur Aufstellung des Merkmals des „überwiegenden Kollektivinteresses“ als Kennzeichen der Normen des Öffentlichen Rechts und zu dem des „über-

12) vgl. Schelcher, a. a. O. S. 170.

13) vgl. Woelker, a. a. O. S 263. Gegen Prazak schon Triepel, „Der Konviktorienbeitrag der Landschaft Norder-Dithmarschen“ i/Festschrift f. H. Brunner, München-Leipzig 1914 S. 540 ff.

14) vgl. das bei Schelcher, . a. O. S. 157 ff. aufgeführte Schrifttum; ebenso die bei Loeb, S. 15 Anm. 13 genannten Schriftsteller.

wiegenden Individualinteresses" als des Kriteriums des Privatrechts geführt[15]). Auch unter Berücksichtigung dieser Abänderung aber ist bei der Interessentheorie wie auch bei der Theorie von Prazák das Bemühen, aus dem Inhalt der Rechtsnormen das Wesen des Unterschiedes herauszulesen bzw. herauszukonstruieren, ganz deutlich.

Im Gegensatz dazu gewinnt die Subjektionstheorie [auch Gewalttheorie (O. Mayer) oder Dynamische Machttheorie (Walz) genannt] das von ihr gewünschte Ergebnis: Scheidung der Rechtsnormen in öffentlichrechtliche und privatrechtliche durch ein brauchbares „Kriterium", erst auf dem Umweg über die Abstellung auf die Rechtsverhältnisse. Sie sieht damit letztlich den eigentlichen Unterschied da, wo er liegt, in den Lebenstatbeständen und Lebensverhältnissen. Nach ihr sind öffentlichrechtlich alle Rechtsnormen, wenn sie maßgeblich ein Rechtsverhältnis regeln, an dem der Staat oder ein sonstiger Träger öffentlicher Gewalt als solcher, d. h. als Träger von Imperium beteiligt ist, wenn die von ihnen geregelten Rechtsverhältnisse Rechtssubjekte miteinander verbinden, zwischen denen ein Herrschaftsverhältnis besteht[16]). Privatrechtlich sind alle anderen Rechtsnormen[17]). Betrachtet man nun das Rechtsverhältnis nicht, wie die meisten Vertreter der Subjektionstheorie dies tun, als etwas Abstraktes, von dem Lebensverhältnis Abgezogenes und Losgelöstes, allein in einer geistigen Sphäre sich Abspielendes, sondern als ein konkretes, rechtlich geordnetes Lebensverhältnis, dann ist der von der Subjektionstheorie zwecks Scheidung der Normen vollzogene Denkprozeß folgender:

15) vgl. Loeb, a. a. O. S. 14 und das dort unter Anm. 8) angeführte Schrifttum. Über die mannigfachen Umschreibungen dieser Terminologie des überwiegenden Interesses vgl. S. 14/15 daselbst.

16) vgl. im einzelnen Holliger, a. a. O. S. 88; sh. auch Leuthold, „Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht" i/Hirth's Annalen, Jhrgg. 1884 S. 346; und Br. Schmidt, „Der Staat", 1896 S. 85; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1914 S. 384.

17) Vertreter der Subjektionstheorie sind insbesondere: Hatschek, Lehrbuch des Deutschen und Preußischen Verwaltungsrechts, 5. und 6. Aufl., Leipzig 1927 S. 13/14; Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. Bd. III, S. 381; Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1929 S. 168; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1909, S. 384/386; Helfritz, Allgemeines Staatsrecht als Einführung in das Öffentliche Recht, 2. Aufl. 1928 S. 28; Spiegel, Die Verwaltungsrechtswissenschaft, Beiträge zur Systematik und Methodik der Rechtswissenschaften, 1904, S. 145; Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, 1912, S. 32; Richter, Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, 1928, S. 4; Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, S. 51; Koellreutter, Artikel „Öffentliches Recht" i/H. d. R. IV, 1927, S. 265 ff.; und „Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England", 1912; Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, i. Sammlung Wissenschaft und Bildung, Bd. 79/79a, 5. und 6. Aufl. S. 72; auch vom Reichsgericht vertreten, vgl. RGZ 93/285.

Sie stellt ab auf die lebenstatsächlichen Vorgänge, auf die Lebensverhältnisse; in ihnen, nicht in den Rechtsnormen, erkennt sie Unterschiede (Phase I). Sie scheidet dann dieser Erkenntnis gemäß die Rechtsverhältnisse, bei denen ein Träger hoheitlicher Gewalt beteiligt ist, von denen, bei denen nur Privatpersonen beteiligt sind, teilt sie einem „öffentlichen" und einem „privaten" Bereich zu und bildet dann aus den Normen, die einen Lebensvorgang der erstgenannten Art regeln, einen Rechtsteil „Öffentliches Recht", aus allen anderen einen Rechtsteil „Privatrecht" (Phase II).

Aus diesem Vorgang wird zweierlei deutlich:

1. Der eigentliche Unterschied zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht liegt nicht in den Rechtsnormen begründet, sondern beruht „auf einer Verschiedenartigkeit der Lebenstatbestände bzw. ihrer verschiedenartigen Gestaltung durch die im Staat und als Staat lebende politische Gemeinschaft"[18]).

2. Die zweite Phase des Denkvorgangs, Scheidung der Rechtsverhältnisse und Normen und Zuweisung derselben in verschiedenartige Rechtsgebiete, geht in ihrer Bedeutung weit über den Rahmen einer ausschließlich rechtstechnischen, rein juristisch organisatorischen Zwecken dienenden Angelegenheit hinaus. Sie berührt ein materielles Grundproblem, nämlich die Einstellung des einzelnen einerseits zum einzelnen, andererseits zur Gesamtheit, und umgekehrt die Einstellung der Gesamtheit zum einzelnen[19]).

Ist dieses Verhälnis so, daß sich einzelner und Gesamtheit, Einzelperson und Staat ohne innere Verbindung, ja feindlich gegenüberstehen, dann stellt man nicht mehr Unterschiede der Lebenstatbestände allein fest (Vorgang I), man *unterscheidet* nicht mehr, sondern man *scheidet* genau so sorgfältig, wie man im politischen und sozialen Leben die Individualsphäre von der Staatssphäre zu scheiden, ja ihr gegenüber womöglich auszudehnen bemüht ist, die Rechtsnormen entsprechend diesen zwei voneinander geschiedenen Lebensbereichen in zwei voneinander getrennte, wesensverschiedene, von anderen Grundsätzen beherrschte, durch

---

18) so sehr klar Woelker, a. a. O. S. 257: vgl. auch Richter, „Gruppengemeinschaftsrecht" i/Verw.Arch. 1936 Bd. 41 Heft 4, S. 370. — Dies erkennt auch Holliger, wenn er (vgl. a. a. O. S. 91) schreibt: „... dabei zeigte sich jedoch, daß die Einteilung öffentlichrechtlich-privatrechtlich von Haus aus eine solche der Rechtsverhältnisse ist... Erst als man dem Bedürfnis nach scharfer Abgrenzung der Materie näher trat, ergab sich, daß die Verschiedenheit im Rechtsverhältnis liegt."

19) vgl. Richter, a. a. O. S. 370.

andere Werte bestimmte, gegensätzliche Rechtsgebiete (Vorgang II). Dem einen Rechtsteil, dem Normenkomplex, welcher die die Rechtsverhältnisse von Privaten regelnden Rechtsvorschriften enthält, gibt man dann den Namen „Privatrecht", dem anderen, welcher sämtliche diejenigen Rechtsverhältnisse regelnden Normen umfaßt, an denen der Staat oder ein sonstiger Träger herrschaftlicher Gewalt in hoheitlicher Funktion beteiligt ist, den Namen „Öffentliches Recht". Das Ganze aber bezeichnet man als den Dualismus im Recht. Dieser Vorgang zu II, nicht der zu I, ist der verhängnisvolle. Er ist Ausfluß einer bestimmten politisch weltanschaulichen Haltung, die sich wiederum in einer ganz bestimmten politischen und sozialen Grundgestalt eines Volkes auswirkt. Einer Grundwirklichkeit nämlich, in der — wie schon gesagt (S. 6) — das Verhältnis des Einzelnen zur Gesamtheit in der Weise gestaltet ist, daß „Staat und Gesellschaft", Einzelperson und Gesamtheit sich verbindungslos, gegensätzlich gegenüberstehen, in der dieser Wirklichkeit entsprechend der einzelne eine Doppelstellung einnimmt, nämlich:

a) als solcher, d. h. als staats und gemeinschaftsfreies Individuum, und

b) als in seiner persönlichen Freiheit beschränkter Angehöriger eines größeren Verbandes, mag man ihn nun als der Staatsgewalt unterworfenen Untertan oder sonstwie bezeichnen[20]).

Damit ist der so formulierte Dualismus im Recht der Ausdruck eines individualistischen Lebensprinzipes. — Wenn aber das ihn auszeichnende Merkmal der als doppelt gegensätzlich aufgefaßten Grundlage des Rechts auch abzulehnen ist, so soll damit nicht gesagt sein, daß das Recht, welches ja ebenfalls Autorität ist, nur auf einer Grundlage beruhe. Es beruht vielmehr wie jede Autorität auf Popularität, Macht und Tradition[21]). Wo der in der vorerwähnten Weise geartete Dualismus in der Rechtsordnung eines Volkes auftaucht, in der er vorher nicht bestanden hat, ist er eine konsequente Folgeerscheinung der Auflösung der Gemeinschaft und ihre Trennung in Staat und Individuum, in Einzelperson und Gesamtheit[22]). Diese Behauptung wird an der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Rechts nachzuweisen sein.

---

20) vgl. dazu Walz, a. a. O., S. 41 ff., bes. S. 54 und Carl Schmitt, „Die Rechtswissenschaft im Führerstaat" i/Z. d. A. f. D. R., Heft 7 S. 435 ff., bes. S. 436/37; vgl. auch die dies bestätigenden Ausführungen Leonhards in „Institutionen des Römischen Rechts, 1894, S. 31/32.

21) vgl. Hitler, Mein Kampf, Kap. 9, S. 579.

22) so schon F. Weyr, „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems", i/Arch. Öff.R. 1908, S. 533.

§ 2. Die geschichtlichen Grundlagen des Dualismus im Recht und seine Abhängigkeit von der sozialen und politischen Grundgestalt eines Volkes, dargelegt an der vergleichenden Gegenüberstellung des römischen und germanischen Rechts.

Die Frage liegt nahe: Wann taucht dieser Dualismus zum erstenmal auf, wo liegen seine geschichtlichen Wurzeln? Ist die oben aufgestellte Behauptung richtig, so muß er bereits bei seinem ersten Auftauchen der Rechtsordnung eines Volkes eigentümlich sein, in dem die Trennung von Staat und Einzelperson, von Individual- und Staatsbereich — die Ausdrucksform des individualistischen Staatssystems[13]) — praktisch durchgeführt ist. Und das trifft zu. Die Römer — und bei ihnen treffen wir den Gegensatz zum erstenmal[24]) — kannten den Begriff und die Wirklichkeit der den Gegensatz von Staat und Persönlichkeit ausschließenden Gemeinschaft nicht. Im Gegenteil — „in eigentümlicher Weise allen Gemeinschaftsverhältnissen abhold und also analytisch und nicht synthetisch verfahrend" schieden sie den „objektiven Willen des Staates und den subjektiven Willen des einzelnen gänzlich" voneinander[25]), setzten sie den Willen des einen dem des anderen entgegen, betrachteten damit von Anfang an Staat und Einzelpersönlichkeit als zwei gleichgeordnete Größen und unterwarfen den einzelnen nur in seiner Eigenschaft als „civis" dem staatlich gebundenen Lebensbereich[26]). Dieses die politische Wirklichkeit auszeichnende Trennungsdenken haben die Römer auch auf ihr Recht übertragen, durch die Scheidung des „ius privatum" vom „ius publicum". Sie ist das im Recht ausgeprägte römische Prinzip des „publica privatis secernere", von dem Horaz (ars poetica V. 396)[27]) sagt, es sei von je ein Hauptwesenszug des römischen Geistes gewesen. Die Tatsache nun, daß die bekannte Ulpianstelle L. 1 § 2 D. de iust. et iure 1, 1:

---

23) vgl. Huber, „Die Deutsche Staatswissenschaft", i/Z. f. ges. St. W. 1934, S. 2/3.

24) so die Vertreter der romanistischen Forschung. Vgl. neben den Lehrbüchern des römischen und gemeinen Rechts bes. die bei Dulckeit, „Öffentliches und privates Recht im römischen Recht" i/Z. d. A. f. D. R. 1935 S. 277 angegebene Spezialliteratur. Dulckeit, (vgl. S. 277 ff.) versucht neuerdings im Gegensatz zur h. M. unter Hinweis auf zahlreiche Quellen den Nachweis zu führen, daß die Römer ius publicum und ius privatum nicht gegensätzlich, sondern ihr gesamtes Recht als Einheit aufgefaßt haben.

25) vgl. Binder, Philosophie des Rechts, 1925 S. 429 Anm. 2.

26) vgl. Walz, a. a. O. S. 11 ff.; bes. klar auch Boehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht, 1932 S. 20.

27) zitiert bei Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, 1934, S. 13.

Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, ius privatum, quod ad utilitatem singulorum

(ebenso § 4 Inst. de iustitia et iure 1. 1) erstmalig die Bezeichnung ius publicum und ius privatum in unterscheidendem Sinn verwendet, kann dabei — obwohl sie den Gegensatz der Einzelpersönlichkeit zur Persönlichkeit des Gemeinwesens hervortreten läßt[28]) — nicht als der rechtstheoretisch vollendet geformte Ausdruck dieses Trennungsdenkens gewertet werden. Diese Stelle gibt keine ausreichende philosophischeBegründung des Gegensatzes und keinen genügenden wissenschaftlichen Beitrag zur Erklärung des Wesens des öffentlichen wie des privaten Rechts. Da es dem römischen Juristen fernlag, „auf dem Wege rechtshistorischer oder rechtsphilosophischer Untersuchungen bis zu den letzten Quellen des Rechts zurückzugehen"[29]), ist dieses Vorgehen der spätrömischen Rechtswissenschaftler bei der Gegenüberstellung von ius publicum und ius privatum nicht weiter verwunderlich. Weyr hat daher Recht, wenn er unter Hinweis auf die Ulpianstelle erklärt, mit diesem Zitat sei die Sache ebenso kurz wie unklar abgetan[30]), ebenso wie Woelker, der darauf hinweist, daß diese „durch alle Zeiten weitergeschleppte" Stelle in Wahrheit nur oberflächlich und beiläufig ist[31]). — Wenn nun auch nach dem Gesagten die römische Theorie nicht viel über das eigentliche Wesen der Zweiteilung der Rechtsordnung und den Grund für dieselbe hervorgebracht hat, so beherrscht sie doch von Anbeginn an als Grundprinzip die gesamte römische Rechtsentwicklung und tritt der Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht praktisch bereits beim ersten Auftauchen des römischen Rechts in vollster Schärfe auf[32]). Ihren Grund hat diese Erscheinung in der von den römischen Juristen mit „eindringlicher Bildhaftigkeit" vollzogenen Herausarbeitung zweier Sphären, der Individualsphäre und der staatlichen Sphäre[33]). Sie ist der Ausdruck dafür, daß der Römer von

28) vgl. Binder, a. a. O. S. 437.

29) so Ihring, Geist des röm. Rechts III, 1865, § 59 S. 298.

30) vgl. Weyr, „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems", i/Arch.Off.R. 1908, S. 531.

31) a. a. O. S. 228; vgl. auch das dort unter Anm. 20) angeführte Schrifttum, und Holliger, a. a. O. S. 137 Anm. 3.

32) vgl. Walz, a. a. O. S. 11; Binder, Philosophie des Rechts, 1925, S. 429 Anm. 2, sowie das unter Anm. 20) dieser Abhandlung angeführte Schrifttum.

33) vgl. Boehmer, Einführung in das bürgerl. Recht, S. 19, 20; Walz, a. a. O. S. 11; Woelker, a. a. O. S. 227 unter Hinweis auf Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, III 1881, S. 35.

Anbeginn an eine Doppelstellung einnahm: einmal als ursprünglich freies Individuum in seiner körperlichen Isoliertheit, zum andern als Staatsuntertan in seiner Unterwerfung unter die res Romana. Die Römer erblickten in ihrer dualistisch frei und gehorsamspflichtigen Stellung den eigentlichen Wert des Menschen in der möglichst uneingeschränkten Betätigung seines freien Willens. Dementsprechend suchten die römischen Juristen, die ihr ganzes Privatrecht wahrscheinlich aus dem Aktionensystem entwickelt haben, d. h. aus dem Gesichtspunkt heraus, daß jeder römische Vollbürger den gleichen Wert habe wie der andere, daß seine Ansicht zunächst genau so wertvoll sei wie die des anderen, dem römischen Vollbürger als Familienoberhaupt eine grundsätzlich uneingeschränkte Betätigung seines freien Willens zu ermöglichen; mit der Maßgabe allerdings, daß zahlreiche Ausnahmen dieses freie Betätigungsrecht durchbrachen[34]). Im römischen Recht eröffnete sich dem Vollbürger zur Befriedigung seiner individuellen Bedürfnisse und zur Verwirklichung seiner privaten Interessen ein weiter Raum, in welchem eine Bindung an die Belange der Gesamtheit nicht oder nur sehr wenig zum Ausdruck kam[35]). Das Mittel zur Beherrschung dieses Raumes ist das konkrete subjektive Recht und die mit ihm unmittelbar verbundene actio im Prozeß. Deren sorgfältiger Ausbau ist die Bestätigung von Gierkes Feststellung[36]), daß die Römer von vornherein den Willen des einzelnen Vollbürgers, soweit er Familienoberhaupt war (nicht dagegen auch der einzelnen Familienmitglieder), in den Mittelpunkt des Rechts gestellt haben. Das subjektive Recht, nicht die abstrakte Norm, steht im Blickfeld der jeder Abstraktion abgeneigten römischen Rechtswissenschaft, die daher letztlich Kasuistik ist[37]). Dies ist zu bedenken, wenn oben (S. 7) gesagt wurde, daß die Aufspaltung des Rechts in einen öffentlichrechtlichen und in einen privatrechtlichen Teil der Rechtsordnung eines Volkes eigentümlich ist, die den die Möglichkeit des isolierten, verantwortungslosgelösten Für-Sich-Bestehens ausschließenden Begriff der Gemeinschaft nicht kennt. Wie nämlich später die Rechtswissenschaft des 19. Jhts. die abstrakte

34) es ist dabei — wie bereits hervorgehoben — natürlich immer zu beachten, daß der römische Vollbürger, wie er als Familienoberhaupt frei war, auf der anderen Seite seiner res publica unterworfen blieb.

35) vgl. Boehmer, a. a. O. S. 19; Walz, a. a. O. S. 11; Woelker, a. a. O. S. 227; H. Meyer, a. a. O. S. 49 ff.

36) vgl. Gierke, Das dtsch. Genossenschaftsrecht, III, S. 35.

37) vgl. Walz, a. a. O. S. 11/12.

Norm in den Mittelpunkt der Rechtsbetrachtung stellt, in ihr die letzte rechtswissenschaftlich gefaßte Vorstellung sieht und nun von der Norm her die Scheidung vornimmt, so bilden die Römer aus dem ihrem Denken eigentümlichen „atomistischen Grundgehalt" heraus[38]) vom subjektiven Prinzip her die Scheidung und den Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht heraus[39]). Eigentlicher Gegenstand des römischen Privatrechts ist die aus der Summe der subjektiven Rechte gebildete Machtsphäre des selbstherrlichen pater familias und das einzelne subjektive Recht dieser singuli[40]). Deren Rechtsverhältnisse regelt das römische Privatrecht und wird damit zum Spiegelbild der einen Stellung, des einen Lebensbereiches, den der römische Staatsbürger ausfüllt, nämlich des Bereichs der sich selbst genügenden staatsfreien Persönlichkeit[41]). Auf der anderen Seite entspricht das ius publicum der zweiten Sphäre, in der der einzelne als civis Romanus sich in den Herrscherverband der civitas Romana eingliedert. Vom Staat her gesehen umgrenzt es dessen Herrschaftsbereich. Zum öffentlichen Recht gehören alle Befugnisse, deren Träger der römische Staat (populus Romanus) ist[42]). Da, wo er von diesen Befugnissen im Verkehr mit den Staatsbürgern Gebrauch macht, erstreckt sich die Domäne des ius publicum. Für dieses ist damit charakteristisch sein Zusammenhang mit der res Romana, d. h. mit einer mit Herrschermacht, mit „imperium" ausgestatteten Verbandspersönlichkeit, die eine über den einzelnen Individuen stehende neue juristische Persönlichkeit darstellt[43]). Diese Abstraktion der römischen civitas zur juristischen Person ist ein Beweis für das Fehlen eines wirklichen Gemeinschaftsverhältnisses. Individuen, ursprünglich isoliert gedachte Einzelpersönlichkeiten wie die römischen pater familiae bilden niemals eine Einheit als Bluts- und Geistesgemeinschaft. Leben sie in einem Gemeinwesen zusammen, so werden sie die — notwendige — Einheit, die sie in der Wirklichkeit des Lebens nicht empfinden, wenigstens in der geistigen Sphäre durch die Vorstellung einer einheitsbildenden Macht herzustellen versuchen. — Dies geschieht dann auch bei den Römern in der der Rechtspersönlich-

38) ihn hat Spengler nachgewiesen, vgl. Walz, a. a. O. S. 11.
39) vgl. Woelker, a. a. O. S. 227; Walz, a. a. O. S. 11:
40) vgl. Gierke, a. a. O. S. 35; ebenso Walz, a. a. O. S. 11/12 unter Hinweis auf Ihering, Geist des Röm. Rechts.
41) vgl. Boehmer, a. a. O. S. 19/20.
42) vgl. Gierke, a. a. O. S 35; Walz, a. a. O. S. 12/13.
43) vgl. Walz, a. a. O. S. 12, 13, 17, 18.

keit des Staates, der sich ihnen in der urbs Romana „bildhaft manifestierte“[44]).

Das ius publicum ist seine eigene Entwicklung gegangen. Es hat, „zutiefst durchdrungen von der majestas populi Romani, durch und durch herrschaftlicher Natur“, so gut wie gar keine Berührungspunkte mit dem ius privatum, es kennt keinen Rechtsschutz gegen seine Forderungen und „entwickelt völlig selbständig“ aus dem Geist des Imperiums „die Institutionen des öffentlichen Eigentums, der agri publici, des öffentlichen Geldwesens“, auf das die privatrechtlichen Begriffe des Sachen- und Obligationenrechts ohne Einfluß sind[45]).

Der germanische Freie war nie „singulus“, ursprünglich isoliert gedachtes, gemeinschaftsgelöstes Individuum. Die altgermanische und mittelalterliche deutsche Wirklichkeit wie auch das Denken im Recht während dieser Epochen ist im Gegenteil gekennzeichnet durch die allseitige Verwobenheit der Vollrechtsfähigen in höhere religiöse und soziale Gemeinschaften[46]). Das schließt aus, daß der germanische Vollfreie irgendwie und irgendwo eine Doppelstellung einnimmt, einmal als auf sich gestelltes, ungebundenes und unabhängiges Einzelwesen, andererseits als Angehöriger einer größeren Gemeinschaft, einer höheren Einheit; Feststellung, die die Tatsache unberührt läßt, daß sich die rechtliche Stellung des Vollfreien grundlegend von der des Liten unterschied, indem letzteren „öffentliche“ Rechte, z. B. die Prozeßfähigkeit und die Stimmfähigkeit in der Landgemeinde fehlten. — Der vollrechtsfähige Freie ist immer nur gemeinschaftsgebundenes Glied, „auch in seinen eigensten und selbstischsten Beziehungen und Betätigungen“[47]). Diese Einstellung ist dem germanischen Denken genau so charakteristisch wie die des staats- und gemeinschaftsfreien Individuums dem römischen Denken. Wie nämlich das letztere in dem in die Machtsphäre seiner subjektiven Rechte als Ausdruck seines freien Willens gehüllten Individuum die Persönlichkeit er-

---

44) derf., a. a. O. S. 13.
45) vgl. Walz, a. a. O. S. 13.
46) derf., S. 16
47) H. Meyer, i/Z. d. A. f. D. R. 1935 S. 50. Auf die besonderen Formen der Rechtsstellung der Einzelhofbauern braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden, weil auch sie, wenn auch nicht genossenschaftlich gebunden und infolgedessen von Beginn an Alleineigentümer des von ihnen bewirtschafteten Grund und Bodens sowie Herren der bei der Bewirtschaftung ihres Einzelhofs beteiligten Familienmitglieder und Halbfreien, als Rechtsträger nicht losgelöst von einer Bluts- und Zwangsgemeinschaft gedacht und empfunden wurden.

blickte, in der sich der eigentliche Wert des Menschen verkörpert, so entspricht dem germanischen Freiheits- und dem germanischen Persönlichkeitsbegriff der Mensch, der in freiwilliger Anerkennung einer höheren Autorität sich als Gliedperson in eine Gemeinschaft einordnet im Bewußtsein, in ihr gebunden und mit ihr verbunden als sittlich freie und verantwortliche Persönlichkeit zu stehen[48]). Die engeren und weiteren Gemeinschaften, in denen der germanische Mensch lebt, sind genossenschaftlicher und herrschaftlicher Art. Genossenschaftliche Verbände sind die Sippe, die Markgenossenschaft, die Gemeinden und Völkerschaften, herrschaftliche Verbände sind die Gefolgschaften, die Lehensverbände, die Territorien und Reiche. In ihnen gestaltet sich wirkliches Gemeinschaftsleben; aus ihm erwächst die Einheit der Verbände in der Wirklichkeit, braucht daher nicht erst durch ein abstraktes Gebilde im Denken hervorgebracht zu werden. Aus diesem Grunde erscheint als Subjekt jener der Gefolgsherr, der Lehnsherr, der Landesherr in seiner konkret sinnlichen Erscheinung; nicht etwa eine von ihnen geschiedene neue Einheit der juristischen Persönlichkeit. Der germanische Mensch gliedert sich, instinktiv geleitet durch Bande des Blutes, der Nachbarschaft, des Hauses, der persönlichen Treue und der Religion organisch in diese Gemeinschaften ein. Damit wird das in mannigfacher Form zu Tage tretende organische Einordnungsverhältnis zum Kennzeichen des ursprünglich germanisch-deutschen Lebensverhältnisses[49]).

So wie das germanische Leben, die germanische Wirklichkeit, eine gegliederte Einheit ist, so ist es auch das germanische Recht. Da diese Wirklichkeit das als von Natur aus unabhängig und unverbunden vorgestellte, sich selbst genügende gemeinschaftsfreie Individuum und eine ihm eigentümliche besondere Sphäre nicht kannte, fehlte es auch geradezu an der Voraussetzung und Grundlage „für die Abspaltung eines besonderen Rechtsgebietes, das Anwendung finden sollte auf die in äußere Beziehungen tretenden, aber ursprünglich unverbunden gedachten uniformen atomistischen einzelnen"[50]). Vielmehr erschien den Germanen das Recht von den frühesten Zeiten an bis in das späte Mittelalter als ein Ganzes, „in dem öffentliches Recht und privates Recht ineinander

48) vgl. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. — 8. Aufl., S. 74/75; Woelker, a. a. O. S. 230 u. das dort unter Anm. 18) aufgeführte Schrifttum.

49) vgl. Walz, a. a. O. S. 17, 18, 53.

50) derf., S. 16. Daß eine solche Grundlage auch nicht in der bes. Stellung der Einzelhofbauern gefunden werden kann, darüber vgl. o. S. 12 Anm. 47).

überflossen." Das Recht war — der germanischen Idee der Treue und dem germanischen Gemeinschaftsdenken gemäß — ein einförmiges, einartiges, „das alle menschlichen Verhältnisse gleichermaßen umspannte, sowohl die der einzelnen untereinander wie die zwischen Führer und Gefolgschaft"[51]). Den Gegensatz zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht i. S. der spätrömischen Rechtsdogmatiker als zweier wesensverschiedener, von anderen Grundsätzen beherrschter Rechtsteile hat dieses Recht überhaupt nicht gekannt[52]). Dieser Zwiespalt mußte ihm auch unbekannt bleiben, da es in weitestem Maße Sozialrecht war, d. h. bestand aus Rechtsbeziehungen der einzelnen Menschen nicht als Individuen, sondern als Gemeinschaftswesen[53]), und den Menschen auch hinsichtlich seiner persönlichsten Betätigungen nicht um seiner selbst willen, sondern nur deshalb schützte, weil er ein Glied der Gemeinschaft war, und insoweit, als er sich als solches betätigte und in das größere Ganze einfügte[54]). Der beste Ausdruck für das Nichtvorhandensein des von dem Rechtskreis des Gemeinwesens und der Gemeinschaft gesonderten Rechtskreises eines „in den Stachelpanzer seiner subjektiven Berechtigung" gehüllten einzelnen ist der Sachsenspiegel, wo sich alle rechtlichen Beziehungen von den Rechtsverhältnissen der Familie, der Nachbarn, der Mark, des Hofes bis zum obersten Rechtsverhältnis, dem Treueverhältnis zwischen König und Volk, verweben[55]). Damit soll nicht behauptet werden, daß nun das germanische Recht jeglicher individualistischer Merkmale und Elemente bar gewesen sei. Diese waren vorhanden und zeigen sich beispielsweise in der individualistischen Gestaltung der Anefangsklage.

Diejenigen, die versucht haben, dem germanischen Recht von modernen Gesichtspunkten und modernen Rechtsbegriffen her den Gedanken

51) vgl. Woelker, a. a. O. S 230; Richter, „Gruppengemeinschaftsrecht", i/Verw. Arch. 1936 Bd. 41 S. 372.

52) vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht I, 1936, S. 28 ff.; Bluntschli, Artikel „Mitterlalterliche und moderne Staatsidee", in dem von ihm und Brater herausgegebenen Staatswörterbuch Bd. 6 1861 S. 660 ff; Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5. Aufl. 1930 S. 17 ff; H. Leo, Studien und Skizzen zu einer Naturlehre des Staates, 1863; Walz, a. a. O. S. 14—21; Koellreutter, „Öffentliches Recht", i/H. d. R. IV 1927 S. 265 ff; Schönfeld, „Das Rechtsbewußtsein der Langobarden", i/Festschr. f. A. Schultze, 1934 S. 373 ff; H. Meyer, a. a. O: S. 49 ff; Hildebrandt, Rechtsfindung im neuen deutschen Staat, 1935; Woelker, a. a. O. S. 227 ff; Huber, „Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts" i/Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935 S. 146; Loeb, a. a. O. S. 6; Richter, a. a. O. S. 372.

53) Richter, a. a. O. S. 372.

54) vgl. H. Meyer, a. a. O. S. 50.

55) vgl. Walz, a. a. O., S. 15.

von der gegensätzlichen Unversöhnlichkeit von privatem und öffentlichem Recht als zweier, verschiedenen Lebenssphären und Lebensstellungen des Menschen — nämlich der des unabhängigen, nicht der Gemeinschaft verantwortlichen Individuums einerseits, des staatsgebundenen, gemeinschaftsverantwortlichen Gliedwesens andererseits — entsprechender wesensfremder Rechtsgebiete aufzuzwingen, haben mit diesen Bemühungen keinen Erfolg gehabt[56]). Wie schon (o. S. 12) angedeutet, ist damit keineswegs bestritten, daß auch das germanische Recht einen Unterschied in den Rechtsbeziehungen gekannt hat. Diese Tatsache zeigt sich deutlich in der verschiedenen Ausgestaltung der Rechtsstellung von Vollfreien und Halbfreien. Im germanischen Recht haben Halbfreie Eigentum und Familie, sind aber weder prozeßfähig, noch haben sie Stimmrecht in der Landgemeinde im Rahmen aller ihrer Funktionen, nämlich als politischem Organ, als Wehrgemeinde, Reilgionsverband und Rechtsgemeinde. Die Vollfreien dagegen haben sowohl Eigentum und Familie als auch alle Rechte in der Landgemeinde. — Will man die hierin zu Tage tretende Unterscheidung von Rechtsbeziehungen unter Herausarbeitung grundsätzlicher Gesichtspunkte wie Herbert Meyer zum Anlaß nehmen, von „Öffentlichem und Privatrecht nach germanischer Anschauung" zu sprechen[57]), so muß man sich darüber im klaren sein, daß diese Unterscheidung nichts zu tun hat mit jener Trennung, die die spätrömischen Rechtsdogmatiker unter der Gegenüberstellung von ius publicum und ius privatum in den Vordergrund rückten, mit jener Zerreißung des Rechts in zwei wesensverschiedene Rechtsgebiete. Gerade dieser dogmatische Versuch, „innerhalb der Einheit des gesamten Rechts eine Zweiteilung durchzuführen" und neben ein gemeinschaftsmäßig bestimmtes und ausgerichtetes Recht, neben das „Sozialrecht der Gemeinschaften", in denen der germanische Mensch lebt, als selbständiges Rechtsgebiet ein Individualrecht zu stellen als Spiegelbild eines Lebensraumes, in dem eine gemeinschaftsmäßige Bindung und Verantwortung nicht besteht, ist — weil ihm innerlich fremd — vom germanischen Rechtsdenken nicht unternommen worden[58]). Die von H. Meyer als germanischem Denken

---

56) den Unterschied setzen voraus: Sohm, Fränk. Reichs- und Gerichtsverfassung 1871; Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 5. Aufl. 1843; zitiert bei Woelker, a. a. O. S. 231, Anm. 20).

57) vgl. i/Z. d. A. f. D. R. 1935, S. 49.

58) vgl. O. Gierke, Die soziale Aufgabe des Prviatrechts, 1889; derf., Deutsches Privatrecht I 1895, S. 26 ff.

eigentümlich und wesenseigen aufgezeigte Unterscheidung ruht auf einer ganz anderen Ebene und hat nichts zu tun mit dieser dogmatischen, politisch-weltanschaulich bedingten Trennung. Sie zieht keine Linie, die zwei autonome Sphären scheidet, sondern sie betont Besonderheiten von Rechtsbeziehungen, die sich überall zeigen; im Recht der Körperschaften, im Strafrecht, im Personenrecht, Güterrecht u. a. „Öffentliches Recht nach germanischer Anschauung" erweist sich überall dort, wo Rechtsbeziehungen durch Kundbarkeit, Verlautbarung und „Heranziehung der ursprünglich religiösen öffentlichen Mächte, die im Volksrecht herrschen", für die Volksgesamtheit beachtlich sind und werden, sowie dort, wo über ein reines Innenbindungsverhältnis zwischen verschiedenen Personen hinaus nach außen hin Rechtswirkungen entstehen[59]). Das einem Teil unseres heutigen Begriffs „Privatrecht" entsprechende germanische Personen- und Güterrecht aber ist nicht autonomer, sozialrechtlichen Bindungen und staatlichen Eingriffen verschlossener Bereich selbstherrlicher Individuen, sondern gekennzeichnet durch einen „öffentlichrechtlichen Einschlag" und „völlig von sozialrechtlichen Erwägungen durchdrungen und beherrscht"[60]). „Schon in germanischer Zeit standen Blut und Boden im Mittelpunkt des völkischen Rechtslebens. So kann man nicht nur das neue Erbhofrecht, sondern auch anscheinend rein bürgerlichrechtliche Dinge wie die Frage der Rechts- und Geschäftsfähigkeit des einzelnen, des Erwerbs und des Verlustes des Eigentums sowie dessen Inhalt überhaupt nicht rein privatrechtlich behandeln, sondern nur im Zusammenhang mit den öffentlichen Belangen der Volksgemeinschaft. Und auch die Regeln über die Rechtsgeschäfte weisen den gleichen öffentlichrechtlichen Einschlag auf, denn dem einzelnen wird nicht schrankenlos die Befugnis eingeräumt, seine privaten Rechte und Pflichten zu ordnen, sondern nur insoweit wird seine Rechts- und Willensmacht anerkannt, als eine solche Freiheit des einzelnen sich mit seiner Eigenschaft als Glied der höheren Gemeinschaft verträgt, die sich über ihm erhebt. Es gibt keine einseitigen und absoluten Rechte des einzelnen. Jedes Recht ist beschränkt und begrenzt durch die Rücksicht auf die höheren Belange der Gesamtheit, und jedes Recht ist zugleich eine Pflicht ihr und den anderen Gliedern der Gemeinschaft gegenüber"[61]).

---

59) vgl. H. Meyer, a. a. O. S. 52, 53.
60) derf., S. 50.
61) derf., S. 50.

Der Versuch derjenigen, die das germanische Recht als jeden staatlichen Charakters entkleidet hinzustellen sich bemüht haben[62]), ist damit gescheitert. Andererseits ist das bereits erwähnte Fehlen eines ausgesprochen Öffentlichen Rechts i. S. der spätrömischen Dogmatiker, d. h. in erster Linie eines an eine besondere Staatsperson gebundenen Staatsrechts, das neben ein typisches Privatrecht als Herrschaftsbereich von Individuen getreten wäre oder das sich von dem einartigen germanischen Recht irgendwie abgesondert hätte, eine Folge des germanischen Staatsaufbaus. Das Wesen des germanischen Staates lag in der Einheit von Führung und Gefolgschaft, die gewahrt wurde durch ein König und Gefolge, Lehnsherr und Lehnsmann zusammenschließendes Treueband[63]). Auf dieser persönlichen Grundlage wurzelt auch das germanische Staatsrecht. Es beruht auf einer diese Treupflichten im einzelnen näher bestimmenden vielfältig gegliederten Stufenfolge persönlicher Rechtsverhältnisse, „die sich durchweg nach der zweiseitigen Rechtsbildung gestalteten und gleich dieser zweiseitig verpflichtenden Charakter trugen"[64]). Daher erscheinen — besonders im Laufe der Entwicklung des mittelalterlichen Lehensstaates — Heerfolge, Gerichtsbann, Gewerbebefugnisse, Ämterausübung usw. als rein rechtsgeschäftliche und damit „privatrechtliche", nicht aber wie sonst als hoheitliche Funktionen. Sie sind genau wie alle anderen Rechts- und Sachgüter der „Privatwirtschaft" dem rechtsgeschäftlichen Verkehr überlassen, unterliegen daher genau wie alle anderen Rechte und Sachen der „privatrechtlichen" Veräußerung, Verpfändung und anderen Beschränkungen[65]).

§ 3. Die Herausarbeitung des Gegensatzes von privatem und öffentlichem Recht im späten mittelalterlich deutschen Recht und ihre politischen Ursachen.

So stark dieses Staatsgefüge sein mag, wenn das Gefühl der die Einheit wahrenden persönlichen Treuverbundenheit zur obersten Führung in

62) so: L. C. v. Haller, Restauration der Staatswissenschaft, 2. Aufl. S. 1820 ff, R. v. Mohl, Enzyklopädie der Staatswissenschaft, 2. Aufl. 1872; Lamprecht, Deutsches Wirtschaftsleben im Mittelalter, 1866; Hegel, in seinen „Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte"" (S. 501 der Reclamausgabe von F. Brunnstedt); Fr. Stahl, Geschichte der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. S. 567; zitiert bei Woelker, a. a. O. S. 231 Anm. 19). Daselbst auch Näheres.

63) vgl. Boehmer, a. a. O. S. 20.

64) vgl. Walz, a. a. O. S. 17;

65) sh. Huber, i. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 145 ff.

jedem einzelnen Angehörigen und jedem Stand des Gemeinwesens lebendig ist, so gefährdet in seinem Bestand ist es, wenn irgendwelche, insbesondere ständische Sonderinteressen die Tatsache, daß die einheitsbildenden Hoheitsfunktionen als dem rechtsgeschäftlichen Verkehr unterliegende Rechte ausgestaltet sind, zur Stärkung der eigenen Macht bzw. zur Verhinderung der Bildung einer größeren politischen Einheit mißbrauchen. Und in der Tat haben im Laufe der Entwicklung der deutschen Stämme zur politischen Einheit die ständischen Sonderinteressen über die die Einheit des Reiches wahrenden vielfältigen persönlichen Treuebindungen gesiegt. — Gegen Ende des 14. Jhts. ist die Folge dieser Entwicklung eine vollkommene politische Zerrissenheit des Reiches, in der das Gefühl der Zusammengehörigkeit, das ursprüngliche Gemeinschaftsbewußtsein und damit der Wille zur Einheit verloren gegangen ist[66]). Mit dieser ständisch-individualrechtlichen Zersetzung ist in der politischen Wirklichkeit ein Zustand erreicht, dem das einartige germanische Recht fremd und machtlos gegenübersteht. Fremd, weil es selbst Ausdruck ist einer fest in sich geschlossenen Gemeinschaft, machtlos, weil es nicht die Funktionen kannte, in diesem vom Bewußtsein innerer Zusammengehörigkeit verlassenen Gemeinwesen wenigstens eine äußere Ordnung durch Stabilisierung der Staatsgewalt herbeizuführen. Es ist bezeichnend, daß, wie Walz feststellt[67]), in dieser Epoche des späten Mittelalters sich in der Rechtspraxis und Rechtstheorie Ansätze dazu zeigen, den Herrschaftsverband zur Anstalt zu verdichten und über den wechselnden sichtbaren Vertreterpersonen sich eine neue unsichtbare juristische Persönlichkeit erheben zu lassen. Denn dieses Streben ist überall dort anzutreffen, und die Rechtsfigur der juristischen Persönlichkeit taucht überall dort auf, wo man die in der Wirklichkeit verlorengegangene Einheit wenigstens in der geistigen Sphäre wieder herzustellen versucht. Es ist aber auch ebenso bezeichnend, daß in diese zerrissene Wirklichkeit des Staatslebens dasjenige Rechtssystem Eingang findet, das allein noch vermag, kraft seiner Hervorhebung eines besonderen öffentlichen Rechts, eines besonderen hoheitlichen Bereichs, wenigstens eine äußere Ordnung aufzurichten, das Römische Recht. Daher trifft es auch zu, wenn Huber[68]) und Walz[69]) erklären, nicht die Rezeption sei das Primäre ge-

66) vgl. Huber, a. a. O. S. 147.
67) a. a. O. S. 18.
68) a. a. O. S. 147.
69) a. a. O. S. 19.

wesen. Vielmehr habe das aus der Notwendigkeit, die in dem politischen Umschichtungsprozeß verloren gegangene Einheit wieder herzustellen, hervorgegangene Bedürfnis nach einer Abgrenzung des hoheitlichen Bereichs vom übrigen Recht zur Übernahme des römischen Systems und damit verbunden dann zur Aufspaltung des Rechts in einen öffentlichrechtlichen und einen privatrechtlichen Teil geführt. — Das immer zur Einheit, zur funktionalen Verbundenheit strebende germanische Denken wehrt sich zuerst noch dagegen, die Grenzlinie zwischen öffentlichem und privatem Recht so zu ziehen, wie es die römischen Juristen getan haben. So betont noch Zasius nachdrücklich[70]), daß beide Gebiete eng zusammenhängen, kann aber doch nicht verhindern, daß sich die Theorie im ausgehenden 16. Jht. bewußt die römische Auffassung des ius publicum und des ius privatum als zweier wesensverschiedener Rechtsgebiete zu eigen macht. Und das beruhte darauf, daß die zu einer neuen Staatsbetrachtung drängende Zeit die Trennung von Staat und Individuum i. S. der romanistischen Staatsidee vollzog. Bei dem jetzt einsetzenden Prozeß ist folgendes bemerkenswert: Die Trennung von öffentlichem und privatem Recht war erstmalig im spätrömischen Recht als Folge einer individualistischen Geisteshaltung scharf durchgeführt worden. Zum Abbild eines politischen Kampfes ist dieser Gegensatz in Rom aber nicht geworden, weil dort durch die bedingungslose Unterwerfung des einzelnen unter die Gesamtheit des Staates, — die Gegenerscheinung seiner individuellen privatrechtlichen Betätigung — der richtige Ausgleich zwischen den beiden Sphären des ius publicum und des ius privatum und damit trotz dieser Trennung die Beständigkeit und Blütezeit des römischen Staatswesens gegeben ist[71]). Im deutschen Recht dagegen wird, nicht lange nachdem aus einer ähnlichen geistigen Grundhaltung heraus das einheitliche Rechtssystem in die Rechtsteile „Öffentliches Recht" und „Privatrecht" zerlegt worden ist, die Trennung in ihrer fortschreitenden geschichtlichen Entwicklung zum Spiegelbild eines politisch weltanschaulichen Kampfes, letztlich des Kampfes zwischen Staat und Gesellschaft. — Mit der Zerlegung des mittelalterlichen deutschen Rechts in „publizistische" und „zivilistische" Elemente und der Zuweisung der Normen in einen öffentlichrechtlichen und einen privatrechtlichen Rechtskreis begannen Scipio Gen-

70) Sh. Lecturae in Dig. vetus Basel 1537 zu L. 1 D 1, 1 § 2, zitiert bei Scheuner, a. a. O. S. 1465 Anm. 10).

71) vgl. Walz, a. a. O. S. 13.

tilis, geb. 1563, und Nicolaus Vigelius (1529—1600)[72]). Diese Trennungsarbeit wird gesteigert zu einem offenen politischen Gegensatz am Ende des 16. Jhts., in dem Augenblick nämlich, wo das ius publicum unter Hervorhebung seines Vorrangs vor dem ius privatum, vor Privatrechten und Privilegien, zum Mittel des aufsteigenden absoluten Fürstentums gegen die deutsche genossenschaftliche Staatsidee und zur Waffe im Kampf gegen die Stände und ihre Sonderbestrebungen wird[73]). Dieser Vorgang wurde besonders begünstigt durch die Souveränitätslehre des französischen Staatsrechtlers Jean Bodin[74]), der durch die Proklamation der absoluten Herrschergewalt des Monarchen gegenüber den Ständen und die Verkündung der Selbständigkeit des französischen Königs gegenüber dem imperium romanum die endgültige Trennung beider Rechtsgebiete i. S. der römischen Scheidung prägte. In dem von Bogislaw Philipp von Chemnitz (1605—1678) unter dem Deckmann Hippolithus a Lapide 1640 verfaßten Werk "De ratione status in imperio nostro Romano Germanico" ist dann eine neue Art staatsrechtlicher Forschung zum erstenmal näher ausgebaut worden, sich gründend auf die Spaltung von öffentlichem und privatem Bereich im Recht[75]). Das weitere 17. und besonders das 18. Jht. steigert dann den Gegensatz von privatem und öffentlichem Recht bis zur letzten Konsequenz. In dieser Zeit wird vor allem auch die Trennung von Gerichtshöfen und Regierungen, von Justiz und Verwaltung organisatorisch festgelegt. — Es ist diese ganze Epoche beherrscht von dem individualistischen Grundprinzip. Das individualistische Prinzip nimmt seinen Ausgangspunkt im souveränen Fürstenstaat[76]), in dem nur durch die unbedingte Befehlsgewalt des Fürsten eine äußere Ordnung des staatlichen Lebens gewahrt wird. Diese Befehlsgewalt gründet sich auf die Verwendung der rezipierten privatrechtlichen Begriffe des Eigentums, das im Interesse der Wiederverbindung zwischen privatem und öffentlichem Recht sich nicht nur auf Sachen, sondern allmählich auch auf Personen erstreckt, des dynastarchischen Erbrechts, welches die Familienherrschaft ermöglicht, und auf die Prozeß-

72) sh. die bei Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. 3 S. 686 angeführten Schriften.
73) vgl. Scheuner, i/DJZ 1935 S. 1465; Walz, a. a. O. S. 19.
74) vgl. dessen Werk „Six livres de la république", 1576.
75) vgl. Walz, a. a. O. S. 20; Woelker, a. a. O. S. 231.
76) im einzelnen vgl. darüber Höhn, Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, 1935, wo der Prozeß des Übergangs vom souveränen Fürstenstaat zum Staat als Persönlichkeit eingehend dargelegt wird.

herrschaft, in der der Monarch seine Richtereigenschaft mit der früheren Parteivertretung vor den Reichsgerichten vereinigt[77]), nachdem die Reichsgerichte (Reichskammergericht) für ihn auf Grund irgendeines Privilegiums de non appellando weggefallen sind. Trotz dieser äußeren Ordnung ist aber bereits in dieser Epoche des absoluten Staates — wenn auch verdeckt — eine Spaltung des gesamten Lebensbereiches vorhanden; die Spaltung der zur Emanzipation strebenden Individualsphäre der Untertanen von der fürstlichen Machtsphäre[78]).

§ 4. Die Vollendung der Trennung und des Gegensatzes von öffentlichem Recht und privatem Recht im liberalen Rechtsstaat.

Seine endgültige Vollendung findet das bürgerlich-individualistische System in dem durch die Französische Revolution vorbereiteten liberalen Rechtsstaat, in dem sich die liberale Gesellschaft im Kampf gegen den Militär- und Beamtenstaat unter der Parole des Humanitätsbegriffes aus der umfassenden öffentlichen Sphäre emanzipiert. Diese Humanität ist der Grund, der die menschliche Gesellschaft nötig macht, denn „des Menschen edle Bildung zur Vernunft und Freiheit, zu freieren Sitten und Trieben" als eigentliche Aufgabe des Menschengeschlechts kann nicht vom einzelnen Menschen als Individuum, sondern nur in der Gesellschaft verwirklicht werden. Mit dem Aufbau dieser die persönliche Freiheit gewährleistenden bürgerlichen Gesellschaft ergab sich dann folgerichtig die klare Trennung von Staat und Einzelpersönlichkeit, die Aufhebung der alten Einheit von Staat und Gesellschaft und ihre offene Zerreißung in einen der bürgerlich liberalen Gesellschaft zugewiesenen und einen staatlichen Bereich[78]). Dieses liberalistisch-individualistische System wendet sich endgültig von der konkreten Person des Fürsten als Herrschafts-Individuum ab, weil dieser nicht mehr stark genug ist, über dem alles beherrschenden Lebensprinzip des bürgerlichen Individualismus die staatliche Einheit herzustellen[79]). Bezeichnend für diese Ansicht ist Jellinek[80]).

---

77) der Monarch war ursprünglich Prozeßvertreter des prozeßunfähigen Nachsassen vor den Reichsgerichten.

78) vgl. Huber, i/Z. f. ges. StW. 1934, S. 1 ff, bes. S. 2, 3:

79) vgl. im einzelnen Höhn, Der individual. Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, 1935.

80) vgl. zum Folgenden Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1921 S. 136, 137; zitiert bei Höhn, „Staat und Rechtsgemeinschaft", i/Z. d. ges. StW. S. 657 ff., hier S. 661/62.

Wenn er das Nichtjuristische, also die Lebenswirklichkeit betrachtet, dann sieht er nur ein einziges Chaos. Der Staat ist in dieser Wirklichkeit nur eine „Vielheit von Vorgängen, die in Raum und Zeit sich abspielen." „Hier wogen die historischen Kräfte, die das An-sich der Staaten bilden und zerstören." In der Wirklichkeit besteht nur ein „äußerst kümmerliches Bild vom Staat." So wird die in der Wirklichkeit nicht gefundene Einheit in das juristische Gebiet verlegt. Sie besteht lediglich im Willen des Betrachters und muß bestehen, weil Zweckmäßigkeitsgründe es erfordern, weil andernfalls „das gesamte System des Juristen zerfiele." Für Jellinek gibt diese Einheit die abstrakte Staatspersönlichkeit ab. Sie, die unsichtbare juristische Person des Staates löst die sichtbare Person des Fürsten ab[81]). Der Staat ergreift den einzelnen, hebt ihn aus seiner bisherigen Untertanenstellung heraus und macht ihn unter Ausstattung mit einer großen Zahl von subjektiv öffentlichen Rechten ebenfalls zur Persönlichkeit. An die Stelle des individualistischen Fürstenstaates tritt der individualistisch-liberale Staat, die Vollendung des individualistischen Prinzips. In ihm nimmt, genau wie im römischen Staatswesen, der einzelne im wesentlichen zwei Stellungen ein. Er ist:

1. Untertan, d. h. er tritt der Persönlichkeit des Monarchen gehorchend gegenüber, ordnet sich ihr unter; und
2. Monarchen-freie, sich selbst genügende Einzelpersönlichkeit, sei es
   a) als Subjekt der vom privatrechtlichen Vertrag, von der subjektiven Berechtigung und der ungebundenen Gestaltungsfreiheit beherrschten Privatrechtsordnung, d. h. als Träger von Ansprüchen gegenüber anderen Privatrechtssubjekten und von Funktionen, die in der individualistischen Zeit ein Zusammenhandeln der einzelnen Individuen ermöglichen,
   b) als Inhaber subjektiver öffentlicher Rechte, insbesondere verfassungsmäßig gesicherter Grundrechte, oder
   c) als Angehöriger der Gesellschaft.

Zu deren Bereich gehört zunächst das Gebiet, in dem die materiellen Güter für sich bestehen (das Gebiet der Volkswirtschaft oder des Güterlebens), sodann das Gebiet, „in welchem rein das geistige Leben für sich betrachtet werden muß" (Kultur, Wissenschaft, Kunst, Religion), darüber hinaus die

81) vgl. hierzu wie zum Folgenden Höhn, a. a. O. S. 661 ff und Huber, i/Z. f. ges. StW. 1934, S. 1 ff., bes. S. 22.

Familie und alle diejenigen Gemeinschaftsformen des bisherigen Sozial-lebens, die noch von der vollkommenen individualrechtlichen Zersetzung unberührt geblieben sind, dem Zersetzungsprozeß aber in immer stärkerem Maße unterliegen, z. B. das gesamte bäuerliche Leben[82]).

Aus einer ähnlichen geistig weltanschaulichen Haltung heraus und auf einer ähnlichen politischen Wirklichkeit war es im römischen Recht zur Trennung des ius publicum vom ius privatum gekommen. Auf derselben Basis der scharfen Trennung der zwei Sphären des menschlichen Daseins versucht nun die liberale Rechtswissenschaft in der Trennung des Privatrechts vom Öffentlichen Recht eine restlose Scheidung der Gebiete, in denen der einzelne frei ist, in denen Vertragsfreiheit und Gewerbefreiheit sich entfalten, von denen vorzunehmen, „auf denen sich das Handeln der Staatsgewalt zur Aufrechterhaltung der nötigsten inneren und äußeren Ordnung vollziehen darf"[83]). Sie stehen vor allem in einem dauernden Kampf. Dieser war noch mühsam verhindert worden durch die Aufrichtung des Vorrangs des Öffentlichen Rechts vor dem Privatrecht im absoluten Fürstenstaat; er zeigt sich jetzt entsprechend der Tendenz des 19. Jhts. zur Überordnung der Gesellschaft über den Staat, zur Unterwerfung der staatlichen Hoheitssphäre unter private Interessen, in dem Streben der Rechtsentwicklung, das Öffentliche Recht der Herrschaft privatrechtlicher Denkformen zu unterwerfen und dem Privatrecht den Vorrang zu geben[84]). Er fand Ausdruck ebensosehr in der Forderung nach möglichst umfassender Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auch in Fragen des Öffentlichen Rechts[85]), wie in der Einführung privatrechtlicher Begriffe und Vorstellungen in das Öffentliche Recht[86]). So ist dafür kennzeichnend a) das Vordringen des bürger-

82) vgl. Höhn, i/Z. f. ges. StW. 1934 S. 662—668, zu c) unter Hinweis auf Lorenz v. Stein.

83) vgl. Huber, i/Z. f. ges. StW. 1934 S. 22; Höhn, a. a. O. S. 666/67.

84) vgl. C. Schmitt, i/Z d. A. f. D. R. 1935 S. 436 ff.

85) Scheuner, i/DJZ 1935 S. 1463 Anm. 5, verweist darauf, daß nicht erst Bähr (Der Rechtsstaat 1864 S. 68 ff) den Gedanken einer besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit bekämpft habe, sondern daß bereits B. W. Pfeiffer (Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes, 1851 S. 44, 58, 65, 311 ff) die administrative Justiz auf das Schärfste verurteilt.

86) vgl. Maunz, i/Z. f. ges. StW. S. 71 ff; Höhn, Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, 1934 S. 13 ff; ders., Der individualistische Staatsbegriff und die jur. Staatsperson, S. 221 ff; Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, S. 11; Schaffstein, „Der Begriff Strafanspruch und sein rechtspolitischer Gehalt", i/DJZ 1934, Heft 19; C. Schmitt, Hugo Preuß, 1930 S. 8; Henkel, „Der Parteigedanke im Strafrecht", i/Deutsches Strafrecht, 1935 Heft 5.

lichen Anspruchsdenkens in der ZPO (Lehre vom Rechtschutzanspruch, vom Prozeßrechtsverhältnis, von der materiellen Rechtskraft), im Strafrecht (Lehre vom Strafanspruch des Staates) und im Strafprozeßrecht (Lehre vom Parteiverhältnis); b) die Vorstellung vom Verfassungsrecht als beruhend auf der Grundlage gegenseitiger Rechte und Pflichten von Staatsorganen und Bürgern (Wahl-, Stimm-, Grund- und Freiheitsrechte, Wehr und Steuerpflicht); c) die vollständige Durchdringung des Verwaltungsrechts mit subjektiven Einzelrechten (Lehre von den wohlerworbenen Rechten, vom öffentlichrechtlichen Vertrag, vom fehlerhaften Verwaltungsakt, von der Amtspflichtverletzung, der Enteignung, der Autonomie der Körperschaften des Öffentlichen Rechts); alles Merkmale, die als Wahrzeichen des Sieges der gesellschaftlichen Persönlichkeit über den hoheitlichen Staat gewertet werden müssen. Noch kennzeichnender eigentlich als dieser Kampf um die Überordnung des privaten über das hoheitliche Rechtsdenken ist für das diese Zeit beherrschende und auf dem individualistischen Grundprinzip aufbauende Trennungsdenken das Streben ihrer im Normativismus befangenen Rechtswissenschaft, den Inbegriff der Sätze des objektiven Rechts mit Hilfe einer ein brauchbares „Unterscheidungskriterium" abgebenden Theorie peinlichst und erschöpfend den beiden sich wesensfremd gegenüberstehenden Rechtsteilen des Öffentlichen Rechts und des Privatrechts zuzuteilen. Das ist — wie bereits gesagt (o. S. 10/11) — ein ähnlicher scharfer Trennungsprozeß, wie ihn die spätrömischen Rechtsdogmatiker hinsichtlich der Rechtsbefugnisse als der im Mittelpunkt der damaligen Rechtsbetrachtung stehenden Erscheinungsform des Rechts vorgenommen haben. Geradezu beispielhaft hierfür ist die Dissertation von Holliger[87]). Er stellt — ausgehend von dem Gegensatz zwischen den beiden Rechtsgebieten des Öffentlichen Rechts und des Privatrechts — die Frage, ob dieser Gegensatz ein ausschließlicher oder nur ein verschwommener sei, ob die Gesamtheit der Rechtsnormen sich rein in solche des Öffentlichen Rechts und solche des Privatrechts zerlegen lasse oder ob einzelne Rechtsvorschriften gemischten Charakter trügen, und kommt dabei zu einer Auseinandersetzung mit denen, die die „Lehre von der Verschwommenheit des Gegensatzes" — wie er sie bezeichnet — vertreten. Dabei offenbart sich dann gleichzeitig, zu welchen unannehmbaren Ergebnissen die von ihm gehandhabte „juri-

87) a. a. O., S. 54 ff.

stische Betrachtungsweise" führt, wie sie trennt rein um eines Prinzips willen, ohne logische Verbindungen und natürliche Lebenszusammenhänge zu beachten. Besonders deutlich wird dies bei der Auseinandersetzung mit den Erörterungen Leonhards und Dernburgs zu der Frage der Nichtausschließlichkeit des Gegensatzes. Beide sprechen unter Anführung von Beispielen von „Teilen des Rechts, die beiden Zweigen zugleich zuzuteilen sind"[88]), von „Normen, die sowohl in das Öffentliche Recht wie in das Privatrecht einschlagen"[89]). Ihren Ausführungen wirft H. nicht nur eine Begriffsverwirrung, sondern eine Begriffsverkennung vor. Er wendet ein, daß in den von ihnen ins Auge gefaßten Fällen nicht jeweils eine Norm, die in das Privatrecht und in das Öffentliche Recht einschlägt, vorliege, sondern zwei Normen, die in einem grammatikalischen Satz formuliert seien, von denen die eine diesem, die andere jenem Rechtsteil angehöre, und gibt zu bedenken, daß doch grammatikalischer Satz und Rechtssatz nicht ein- und dasselbe seien. Wenn Hänel die Vormundschaft ein aus beiderlei Bestandteilen gemischtes Rechtsverhältnis nennt[90]), so handelt es sich nach H. hierbei vielmehr um zwei Rechtsverhältnisse, ein privatrechtliches und ein öffentlichrechtliches, welches dem privatrechtlichen parallel läuft. Aus diesen wenigen Beispielen im Verein mit dem Unterfangen, das auf die objektiven Normen angewendete Rechtsprinzip nun auch auf alle anderen Rechtsbegriffe, wie Rechtsverhältnisse, subjektive Rechte, Rechtsgeschäfte, Rechstitel, Rechtsinstitute, Rechtsmaterien und Streitverhältnisse auszudehnen, wird das eine deutlich, daß hier tatsächlich ein die Einheit des Rechts zerreißender Zwiespalt vorhanden ist. Dieser ist, wie schon mehrfach gesagt, Ausdruck eines individualistischen Denkens, welches das ganze menschliche Leben auflöst in Beziehungen von Einzelpersönlichkeiten. Einmal in Beziehungen von Einzelindividuen untereinander, andererseits in Beziehungen dieser Individuen zu der Persönlichkeit des Staates. In dem Streben nach einer scharfen Trennung der beiden Sphären des Individuums und des Staates werden alle Normen, Rechtsverhältnisse, Rechtsinstitute, Rechtsmaterien usw., welche die Persönlichkeit des Staates betreffen, mit ihr zusammenhängen, der einen Sphäre, dem einen Rechtsteil, Rechtsgebiet, gen. „Öffentliches Recht" zugeteilt, alle anderen Rechtsbegriffe

88) vgl. Leonhard, Institutionen des Röm. Rechts, 1894, S. 32.
89) vgl. Dernburg, Pandekten I, 6. Aufl., S. 45.
90) vgl. Hänel, Deutsches Staatsrecht I, 1892 S. 188 Note 3.

dagegen, welche nicht von der Sphäre des Staates berührt werden, dem Rechtsteil „Privatrecht". Das spätrömische Prinzip des Zwiespalts im Recht als Spiegelbild einer vom Lebensprinzip des Gegensatzes von Gesamtheit und Einzelperson, Staat und Gesellschaft beherrschten Wirklichkeit feiert also im Rechtssystem des liberalen Staates und besonders in den Arbeiten seiner Rechtswissenschaft eine glänzende Auferstehung. — Und das konnte und mußte folgerichtig geschehen, weil der Boden, auf dem dieses Rechtssystem erstand, derselbe war wie derjenige, auf dem der Gegensatz erstmalig erwachsen war. Und so wie den Römern dieser Gegensatz ein unerschütterlicher Grundgedanke, ein „Grundpfeiler der Rechtsordnung" war[91]), so ist auch — unter dem Einfluß der romanistisch-historischen Theorie — das moderne Rechtssystem von dem durchgängigen und unerschütterlichen Gegensatz beider Rechtsgebiete beherrscht[92]), Sonderung, von der Franz Weyr sagt[93]), man könne sie als juristisches Axiom den theologischen Dogmen an die Seite stellen.

§ 5. Die Versuche einer Dreiteilung der Rechtsordnung und ihre geistige Grundlage.

An der Ausschließlichkeit des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht ist seit Kriegsbeginn nicht mehr festgehalten worden. In den Formen des Kriegsrechts, der Demobilmachungsverordnungen, des Krisennotrechts, der Wohnungszwangswirtschaft, des Tarifvertragsrechts, traten auf einmal Mischgebilde auf, mit denen die liberale Rechtswissenschaft zunächst nichts anzufangen wußte[94]), die einerseits nicht in das bisherige Schema des zweigeteilten Rechtssystems hineinpaßten, d. h. die man weder klar dem einen noch dem anderen Rechtsgebiet zuweisen konnte, die andererseits in einen öffentlichrechtlichen und einen privatrechtlichen Teil zu zerpflücken auch aller juristische Scharfsinn nicht wagen wollte. Und in der Tat paßten diese Kodifikationen auch nicht in das bisherige Schema hinein, denn sie brachten zum erstenmal eindringlich

91) vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 29.

92) vgl. Gierke, Die sozialen Aufgaben des Privatrechts, 1899, S. 11; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. S. 38 ff; Koellreuter, i/H. d. R. IV 1927 S. 266.

93) vgl. Weyr, „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems", i/Arch.Öff.R. 1908 S. 535.

94) vgl. H. Krause, „Rechtseinheit und ständisches Recht", i/Deutsche Rechtswissenschaft, S. 39 ff.

zum Ausdruck, daß der einzelne nicht nur notwendig der Staatsgewalt unterworfenes Subjekt auf der einen, selbstherrliches Individuum auf der anderen Seite[95]), sondern Mitglied einer lebendigen völkischen Schicksalsgemeinschaft ist, dessen Handeln nicht unbeeinflußt bleiben kann von den Erschütterungen, denen das gesamte Volk ausgesetzt ist, das auch den Bedürfnissen und Nöten seiner Volksgenossen Rechnung zu tragen und Opfer zu bringen hat. Es ist aber bezeichnend für die geistige Haltung auch dieser Zeit, daß man diese gemeinschaftsmäßigen Bindungen nur als Ausnahmeerscheinungen wertete und grundsätzlich an dem alten Trennungsdenken festhielt. Folgerichtig erweiterte man daher das alte System der Zweiteilung des sog. positiven Rechts, welches der Stellung des einzelnen als isolierter selbstherrlicher Persönlichkeit einer, dem Staat unterworfenen Untertan andererseits entsprach, zum System eines in drei verschiedene Bereiche zerfallenden Rechts, wobei man dann diesen dritten Bereich als „Sozialrecht" bezeichnete. Als Recht also, das im Gegensatz zum reinen Privatrecht „gemeinschaftsbetont" war, „irgendwie den sozialen Gegensätzen Rechnung" trug[96]), und damit eben die Ausnahmestellung des grundsätzlich in seiner Position als Individuum verharrenden Einzelmenschen als gemeinschaftsgebundenes Glied hervorhob. So ist Sozialrecht[97]) der „Inbegriff derjenigen Rechtsgebilde, bei denen Öffentliches Recht und Privatrecht a) entweder bis zu einem gewissen Grade selbständig, aber in inniger Verbindung und untrennbar fortbestehen (gemischtes Recht im weiteren Sinn)[98]), oder b) vollständig ineinander verschmolzen eine geschlossene Einheit bilden und nur gemeinsam, gleichzeitig und in gleichem Umfang wirken (gemischtes Recht im engeren Sinn)[99]), und die auf kollektivrechtlicher, gemeinschaftsbetonter und mit sozialem Geist erfüllter Grundlage beruhen". In der Gruppe a) sind nach Loeb die grundlegenden Rechtsgruppen Öffentliches Recht und Privatrecht noch deutlich erkennbar, ihre Verbindung ist andererseits aber so eng, daß sie nicht als selbständige für sich bestehende Rechtsverbindun-

95) in diesem Sinne ist das Wesen der Zweiteilung von vielen aufgefaßt worden. Vgl. o. Anm. 17).

96) vgl. Loeb, a. a. O. S. 33.

97) vgl. im einzelnen dazu Loeb, a. a. O. S. 29 ff, hier S. 35.

98) Beispiele hierfür sind nach Loeb: Das Recht der Kriegszwangswirtschaft und der Wohnungszwangswirtschaft (Reichsmietengesetz vom 24. 3. 1922, Wohnungsmangelgesetz i. d. F. vom 28. 7. 1923, Mieterschutzgesetz vom 1. 6. 1923 mit Ergänzungen vom 24. 12. 1923 und 14. 2. 1924).

99) Beispiel nach Loeb; das Tarifvertragsrecht

gen angesehen werden können, ohne daß die Geschlossenheit und das Wesen des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses zerstört würde. Die Rechtsbildungen des einartigen Rechts (Gruppe b) lassen die ursprünglichen Rechtsgruppen fast gar nicht mehr erkennen. „Es klingt an jene Rechtsgruppen oder eine von beiden an, weicht indessen in Wesen und Wirkung stark von ihnen ab, es ist umfassender als das Privatrecht, aber schwächer als das Öffentliche Recht". Ganz eindringlich wird hervorgehoben[100]), daß das Sozialrecht die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht nicht aufhebt, sondern im Gegenteil sie voraussetzt. Einerseits ist es nicht Öffentliches Recht, da es nicht die Ausübung der öffentlichen Gewalt zum Gegenstand hat, „sondern nur das imperium des Staates auf das in Frage stehende Rechtsverhältnis einwirkt und in ihm weiter wirkt, ohne es vollständig zu durchdringen, da vor allem Gleichordnung von Privatrechtssubjekten die von ihm geregelten Rechtsverhältnisse auszeichnet, auf die allerdings das staatliche imperium unsichtbar und dauernd einwirkt." Andererseits ist nach Loeb das Sozialrecht und seine Untergruppe, das einartige Recht, auch kein Privatrecht, etwa zwingendes, und das gerade wegen seiner öffentlichrechtlichen Durchsetzung, wegen der Einwirkung seitens der staatlichen Hoheitsmacht. Diese Einwirkung ist eine unmittelbare und dauernde, im Gegensatz zum ius cogens, wo sich die Staatsgewalt nur einmal, bei Gelegenheit der Rechtsetzung, auswirkt. Diese Durchdringung mit öffentlichrechtlichen Bestandteilen bedingt nach Loeb (vgl. a. a. O. S. 33) die dauernde Zugehörigkeit des Sozialrechts zum Verbandsrecht, zu dessen Entstehung innerer Anlaß der Ausgleich der sozialen Gegensätze gewesen sei, Grundlage, durch die auch das Sozialrecht Kraft und Bedeutung erlange. — Die Aufstellung dieses besonderen Verbandsrechts — auch als Gesellschaftsrecht[101]), Genossenschaftsrecht[102]), Gemeinschaftsrecht[103]), und, im Anschluß an Begriffe Otto v. Gierkes, als Sozialrecht bezeichnet[104]) — stellt bereits den ersten Versuch dar, das dualistische Rechtssystem zu

100) vgl. Loeb, u. a. O. S. 32—35.

101) vgl. Gareis-Wenger, Rechts-Enzyklopädie und Methodologie als Einleitung in die Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1921 S. 65 ff.

102) vgl. Meyer-Anschütz, Georg Meyers Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., bearbeitet von G. Anschütz, 1918, S. 56 Anm. 5a.

103) vgl. E. Kaufmann, Wesen des Völkerrechts, S. 128 ff; Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht, S. 5.

104) sh. Deutsches Privatrecht, S. 26 ff; S. 534 ff.

einem dreigeteilten System zu erweitern[105]). Anlaß dafür war das Streben, „zwischen den Restbeständen des alten Staates und dem weiten Bereich der individualistischen Gesellschaft Raum für das körperschaftliche Leben der Verbände zu schaffen"[106]). Denn unter Verbandsrecht verstand man diejenige Gruppe von Rechtsnormen, die die Rechtsverhältnisse der nicht hoheitlichen Verbände regeln, eine Gruppe, die zwischen denjenigen Rechtssätzen steht, welche die Rechtsbeziehungen der Einzelindividuen regeln, und denjenigen, welche die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Gewalt ordnen, und die daher zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht einzurangieren sei[107]). Auch diese Rechtsgruppe setzt die Trennung des Rechts in ein öffentlichrechtliches und ein privatrechtliches Rechtsgebiet und damit den Gegensatz von Staat und Gesellschaft, Staat und Individuum, von Verwaltung und Justiz voraus und begründet nur eine Zwischenordnung zwischen den fortbestehenden alten Gewalten.

Es wird damit ersichtlich, daß alle diese Versuche zur Errichtung eines dreiteiligen Rechtssystems nicht eine Überwindung des alten Gegensatzes bedeuten, sondern daß sie vielmehr den Dualismus im modernen Rechtssystem unberührt lassen.

§ 6. Der Wegfall der Grundlagen des Gegensatzes von Privatrecht und Öffentlichem Recht durch die nationalsozialistische Revolution.

Dieses alte System wird gesprengt mit der Machtergreifung durch die nationalsozialistische Bewegung. Als Trägerin eines neuen Gesetzes des Politischen bewirkt sie — in legaler Form auf dem Gebiete der geschriebenen Verfassung[108]), revolutionär auf den Gebieten, wo die Ver-

105) vgl. Loeb, a. a. O. S. 28, unter Hinweis auf E. Kaufmann, a. a. O.; Jung, „Über die Abgrenzung des Privatrechts vom Öffentlichen Recht und über die Gliederung des gesamten Rechtsstoffs" i/Z. R. Phil. 2, 1919, S. 299/309; Gareis-Wenger, a. a. O. S. 65 ff., Lehmann, Allg. Teil des BGB., 3. Aufl. 1928 S. 2 ff.

106) vgl. Huber, i/Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, S. 161.

107) vgl. Loeb, a. a. O. S. 28 ff und das dort angeführte Schrifttum.

108) Der Nationalsozialismus hat seit dem Eide des Führers vor dem Reichsgericht Wert auf Legalität gelegt. Er hat auch die Macht in durchaus verfassungsmäßiger Weise durch Berufung des verfassungsmäßigen Reichspräsidenten erhalten. Das hat vor allen Dingen seine völkerrechtlichen Hintergründe, denn Usurpation der Macht auf illegalem Wege bedeutet, wenn nicht Interventionsbefugnis anderer Mächte, so doch zum mindesten für diese Mächte die Möglichkeit, die Anerkennung der neuen Gewalt von Zugeständnissen abhängig zu machen. Dies hat der Nationalsozialismus bei der Machtergreifung bewußt und erfolgreich vermieden. Die Legalität, die gewahrt wurde, konnte sich aber nur beziehen auf die Verfassungserscheinungen, die in

fassung nicht geschrieben war — einen Umbruch der bestehenden Rechtsordnung und eine vollkommene Umgestaltung des gesamten völkischen und staatlichen Lebens. Sie überwindet die Gewaltenteilung und den damit verbundenen Gegensatz von Justiz und Verwaltung[109]), sie überwindet vor allem den Gegensatz von Staat und Gesellschaft in der von ihr zur Wirklichkeit gestalteten Volksgemeinschaft. — Volk ist nicht mehr eine bloße Vereinigung von Menschen unter Rechtsgesetzen[110]), es ist nicht mehr wie in der demokratischen Verfassung primäres Staatsorgan als Summe der Staatsangehörigen oder der Stimmberechtigten[111]), es ist andererseits philosophisch gesehen weder wie bisher rein von geistigen Merkmalen her zu verstehen, noch allein von seiner biologischen Grundlage her zu bestimmen. Erst die Vereinigung beider Betrachtungsweisen vermag das Wesen des Volkes zu erfassen[112]). Volk ist „ein selbständiges, durch natürliche und geistige Anlagen bestimmtes und sich im Wechsel der Generationen lebendig fortzeugendes Lebensganzes mit eigenen, nicht von den Interessen der einzelnen abgeleiteten Aufgaben und Zielen"[113]), es ist „eine konkrete, durch Blut und Boden verbundene, geschichtlich gewordenen und werdende Lebens- und Tatgemeinschaft artgleicher Menschen"[115]). Seine Grundlage ist die einheitliche Rasse. Durch das Zusammenleben der Rassegenossen in einem bestimmten Raum und

---

der geschriebenen Verfassung, also durch Gesetz, geregelt waren. Sie betrifft die Frage Reich und Länder, Parteien und Staat, Reichspräsident und Reichskanzler, Reichstag und Reichsregierung, kurz alle Verfassungsbestimmungen der Weimarer Verfassung, die in verfassungsmäßig vorgeschriebener Weise i. S. des Nationalsozialismus abgeändert wurden. — Die Machtergreifung auf den in der Weimarer Verfassung nicht geregelten Gebieten dagegen (die Parteien selbst, die Wehrverbände, die Gewerkschaften, die Arbeiterorganisationen, die sämtlich der Auflösung verfielen, um einer nationalsozialistischen Einheitsorganisation Platz zu machen) konnte mangels Verfassungsgesetz außerhalb des Gesetzes, d. h. revolutionär erfolgen und ist so erfolgt. So bietet die nationalsozialistische Machtergreifung das merkwürdige Bild, daß sie — soweit Gesetze vorhanden waren — legal, im übrigen revolutionär verlief.

109) vgl. C. Schmitt, i/DJZ 1934, S. 945; derf., i/Z. d. A. f. D. R. 1935, Heft 7, S. 399; Huber, i/DJZ 1934 S. 950; Schack, „Die Abkehr von der Gewaltenteilung", i/Fischers Zeitschr. Bd. 72 S. 81 ff.; Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, 1935 S. 167 ff; Maunz, i/Z. f. ges. StW. Bd. 95 S. 283 ff.

110) so Kant, Rechtslehre, § 45.

111) vgl. Höhn, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, S. 24 ff.

112) vgl. G. Jellink, Allg. Staatslehre, 4. Neudr. 1922, S. 406 ff u. 544 ff.

113) so richtig Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1935, unter Hinweis darauf, daß nur dadurch die geistige Gestalt des Volkes ihre naturhafte Grundlage und Entsprechung in ihrer leiblichen Prägung erhält S. 131.

114) Larenz, i/Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 1934, Bd. 109, S. 7.

115) so Woelker, a. a. O. S. 251.

in Kultur- und Schicksalsgemeinschaft erhält die einheitliche Rasse ihre Prägung zum natürlichen Volk, dessen Glieder schon auf dieser Stufe durch eine schöpferische geistige Kraft, den Volksgeist, verbunden sind[116]). Damit ist Volk beides, Bluts- und Geistesgemeinschaft[117]), wie das Leben „Natur und Geist umfaßt, die beide Erscheinungsformen des einheitlichen Lebensgrundes sind"[118]). Zur wirklichen, d. h. politischen Volkwerdung, zur Gestaltung des Volkes in die politische Volksgemeinschaft, wie sie die nationalsozialistische Revolution bewirkt hat, und wie sie in der täglichen Erziehungsarbeit der Bewegung immer neu vertieft wird, gehört ein weiteres wesentliches Merkmal jeder Gemeinschaft, der Wille zum Politischen[119]); wobei es für den Begriff des Politischen hierbei nicht in erster Linie auf eine Unterscheidung zwischen Freund und Feind, sondern auf die Besinnung der Gemeinschaft auf sich selbst, „auf den Willen zum Dasein als Volk" ankommt[120]). Alle diese Momente zusammen formen die Volksgemeinschaft, die als politisch völkische Gemeinschaft „die Wirklichkeit der in Raum und Zeit durch schöpferischen Geist zu einem Lebensganzen zusammengeschlossenen artgleichen Menschen ist, die der Wille zum politischen Dasein als Volk beseelt"[121]).

Diese Gemeinschaft steht nicht im Gegensatz zum Staat. Der Begriff des Staates als einer teleologischen, durch dauernde Zwecke zusammengehaltenen, mit ursprünglicher Herrschermacht ausgestatteten Verbandseinheit seßhafter Menschen, die juristisch nur erfaßt werden kann, wenn sie mit Hilfe des Körperschaftsbegriffes zur Rechtspersönlichkeit erhoben wird[122]), existiert für uns nicht mehr, da der Staat keine vom Volk unabhängige Größe ist. Der Staat als juristische Person ist endgültig tot, da er kein selbständiges und auch nicht fiktiv selbständiges Dasein hat[123]).

---

116) vgl. Wagner, „Volk, Staat und Reich" i/Jgd. u. R. 1937 Heft 9, S. 273.
117) Woelker, a. a. O. S. 251/52.
118) vgl. E. Krieck, Die deutsche Staatsidee, 1917, S. 9.
119) vgl. dazu Huber, „Partei, Staat, Volk", i/D.R. 1935 S. 312.
120) so hat Koellreutter — im Unterschied zu C. Schmitt, „Der Begriff des Politischen", Hamburg 1933 — den Begriff des Politischen gefaßt; vgl. „Das Wesen des Politischen in der öffentl. Verwaltg.", i/R.Verw.Bl. 1933, S. 481 ff; Deutsches Verfassungsrecht, ein Grundriß, 1935, S. 4.
121) so Wagner, a. a. O. S. 274.
122) vgl. G. Jellinek, Allg. Staatslehre, 1922, S. 181 ff.
123) so bes. Höhn, Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken 1934; ders., Der individualistische Staatsbegriff und die jur. Staatsperson, 1935; ders., „Partei und Staat i/D.R. 1935, S. 474 ff.

Welches ist nun der heutige Begriff des Staates? Mit dankenswerter Klarheit hat Maunz[124]) dargelegt, daß die neue Staatslehre unter demselben Begriff Staat zweierlei versteht: nämlich 1. das staatliche Behörden- und Ämterwesen auf der einen Seite — Staat i. S. von Apparat als Führungsmittel im Dienste der Volksgemeinschaft, als Vollstrecker des geformten Führerwillens, der keinen eigenen Wert besitzt, der nur Mittel zur Volkserhaltung, vom Volk geschaffene Einrichtung für das Volk ist, damit also auch niemals im Gegensatz zu diesem stehen kann[125]) —, und 2. das Ganze der politischen Einheit des Volkes auf der anderen Seite. Hier ist Staat die politische Form des in ihm geeinten Volkes[126]), ist die höchste politisch-organisatorische Einheit als Erscheinungsform der blut- und rassegebundenen Gemeinschaft des Volkes, in der alle Gliederungen und Funktionen zur handlungsfähigen Einheit, zur öffentlichen Macht zusammengefaßt sind[127]), ist die „Gestalt der politischen Gemeinschaft"[128]), ist „lebendiger Organismus"[129]), in dem sich die bewegte Kraft und das ruhende Sein vereinen[130]), ist „die Gestalt, die sich das zum politischen Volk erwachte natürliche Volk gibt, in der es lebt und sich selbst formt"[131]). — Diese Verwendung ein und desselben Wortes für das Ganze und für einen Teil des Ganzen in Verbindung mit dem weiteren Umstand, daß es im Gegensatz zu Maunz von einem Teil der Rechtswissenschaftler für einen der beiden Begriffe ausschließlich gebraucht und keine andere Erscheinungsform des Staates anerkannt wird, hat — wie Wagner richtig bemerkt[132] — zu Verwirrungen in dem ein-

---

124) vgl. Maunz, „Die Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts seit 1933", i/Z. d. ges. StW. Bd. 95 S. 311 ff.

125) vgl. zu dieser Erfassung des Staatsbegriffes: Hitler, Mein Kampf, S. 436; Höhn, Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, S. 36; ders., „Der indiv. Staatsbegriff und die jur. Staatsperson; ders., i/DR 1935 S. 476; Koellreuter, Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus, S. 12; Frank, Rede auf dem Reichsparteitag der Arbeit 1937; Rosenberg, Der Mythus des 20. Jhts. S. 526.

126) so Wagner, a. a. O. S. 275.

127) vgl. dazu Krieck, Der Staat des deutschen Menschen, S. 34.

128) Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, S. 147. — Über den Gestaltbegriff vgl. insbes.: Huber, i/Z. f. bes. StW. S. 28 ff u. S. 49 ff; ders., Die Gestalt des deutschen Sozialismus; Gerber, Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches, S. 19 ff; Bäumler, Der politische Volksbegriff, S. 100 ff; Koellreuter, Volk und Staat in der Weltanschauung des Nat.-Soz., S. 24 ff; ders., Volk und Staat in der Verfassungskrise, S. 19 ff.

129) vgl. Hitler, Mein Kampf, S. 439.

130) vgl. Wagner, a. a. O. S. 276.

131) vgl. Woelker, a. a. O. S. 252.

132) Wagner, a. a. O. S. 375.

schlägigen Schrifttum und dazu geführt, daß die Erkenntnisse, die für die Beziehungen des Staates zu anderen Verfassungselementen gezogen werden, an Klarheit und Übereinstimmung einbüßen. Es ist daher zu begrüßen, wenn Wagner den Staat als Behördenapparat vom Staat als der organischen Gestalt des politischen Volkes nicht nur dem Wesen, sondern auch dem Wort nach unterscheidet und die politische Ganzheit des Volkes als Reich bezeichnet wissen will[133]).

Wie schon der Begriff des Staates als Apparat einen Gegensatz zum Volk unmöglich macht (vgl. bereits o. S. 32), so kann erst recht nicht der im Reich erfaßte Begriff des Staates im Gegensatz zum Volk stehen. Gerade durch diese neue Wirklichkeit fällt der alte Gegensatz von Staat und Gesellschaft völlig in sich zusammen, denn das Reich als gleichzeitig körperliches und geistiges Sein, als „geistbestimmte Wirklichkeit"[134]), kann vom Volk nur unterschieden werden, um den Unterschied sogleich wieder aufzuheben. Im Begriff des Reiches als der Gestalt des politischen Volkes sind Volk und Reich „in einer dialektischen Weise ebenso voneinander unterschieden wie miteinander gleichgesetzt worden"[135]). „Das Volk gestaltet nach seiner ihm eigentümlichen Wesensart sein Reich, in seinem Reich und als sein Reich aber sich selbst[136]). Im Verhältnis von Volk und Reich zueinander ist das Volk das übergreifende Element. Als politisches Volk ist es handelnder und gestaltender Wille, aber es kann das „nur wirklich sein in einem lebendigen Volkskörper, d. h. als gegliederte Vielheit und Gesamtheit"[137]), eben als Reich.

Damit tritt an die Stelle des überwundenen Staatsbegriffs der Begriff der politischen Volksgemeinschaft. Der Staat[138]) ist das politische Volk, und das Volk ist der Staat; in diesem Grundtatbestand begreifen wir den Staat nicht nur tatsächlich, sondern auch juristisch, wir sehen diese Einheit als Organismus der Gesamtheit des natürlichen und gei-

---

133) von diesem Begriff sagt Heckel (Berichte, S. 12) es sei damit auf ein Wort zurückgegangen, daß zu den ältesten verfassungsrechtlichen Begriffen unseres Volkes zählt.

134) vgl. Huber, i/Z. f. ges. StW. Bd. 95, S. 30, 32.

135) vgl. Larenz, a. a. O. S. 148 ff.

136) Wagner, a. a. O. S. 276.

137) ders., a. a. O. S. 276.

138) i. S. der politischen Ganzheit, also als Reich verstanden, in diesem Zusammenhang aber ausnahmsweise unter der sonst für die Bezeichnung des staatlichen Behörden- und Ämterwesens vorbehaltenen Bezeichnung angeführt.

stigen Lebens, als einen Organismus von zwiefach verwurzelter Lebendigkeit[139]).

Mit der Überwindung des Gegensatzes von Staat und Gesellschaft durch den Begriff und die Wirklichkeit der politischen Volksgemeinschaft ist auch der einstellungsmäßige Gegensatz zwischen Staat und Einzelpersönlichkeit entfallen. An die Stelle des Kampfverhältnisses von einzelnem und einzelnem, Individuum und Staat ist das organische Einordnungsverhältnis des einzelnen in das Ganze getreten. Seine Doppelstellung als der staatlichen Sphäre unterworfener Untertan einerseits, als selbstherrliches, sich selbst genügendes und außerhalb der mit vielen Bindungen durchwobenen Gemeinschaftssphäre sich bewegendes Individuum andererseits ist aufgehoben in seiner Gliedstellung im Volk. Auch in seinen eigensten und selbstischsten Bedürfnissen und Regungen ist der einzelne heute verantwortliches Glied der Volksgemeinschaft[140]).

Mit dem Wegfall dieser Doppelstellung als Folge der Überwindung des Gegensatzes von Staat und Gesellschaft entfällt aber auch die Grundlage, auf der die romanistisch-historische Theorie die Zerteilung des Rechts in zwei verschiedene und einander wesensfremde Systeme, die Zerlegung der Rechtsordnung in einen öffentlichrechtlichen und einen privatrechtlichen Rechtsteil, die Scheidung der Normen in ein Öffentliches Recht und ein Privatrecht, wie sie beispielhaft von Holliger (vgl. o. S. 24/25) durchgeführt worden ist, aufgebaut hat. Es ist daher, ohne vom rechtsphilosophischen Standpunkt, d. h. vom Rechtsbegriff her etwas zu dieser Frage gesagt zu haben — eine aus rein geschichtlichen Erkenntnissen und aus tatsächlicher Wirklichkeitsbetrachtung gezogene Folgerung, daß das Recht des nationalsozialistischen Staates als das Recht einer die Trennung von Staat und Gesellschaft überwindenden völkischen Gemeinschaft diesen Zwiespalt im Recht als folgerichtige Auswirkung einer bestimmten politischen, nämlich einer individualistischen Grundhaltung, nicht kennen kann.

---

139) vgl. dazu Woelker, a. a. O. S. 252, 262; Huber, i/Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, S. 144.

140) vgl. dazu C. Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, Hamburg 1933 S. 23 ff.; Maunz, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, München 1934 S. 29; Larenz, „Gemeinschaft und Rechtsstellung", i/Deutsche Rechtswissenschaft I, 1936 S. 38.

§ 7. Rechtseinheit als rechtsphilosophisches Problem.

Es ist – ganz abgesehen von den bisher gewonnenen Erkenntnissen — notwendig, gerade vom rechtsphilosophischen Standpunkt aus zu dem Problem des Gegensatzes von Öffentlichem Recht und Privatrecht und ganz allgemein zur Frage der Zweiteilung als Gliederungsmöglichkeit des gesetzten Rechts Stellung zu nehmen. Welche Fragen man nämlich auch immer nehmen möge, welches Problem auch immer im Mittelpunkt der Rechtsbetrachtung stehen mag, immer bestimmt sich das Ergebnis, zu dem man bei Behandlung solcher Fragen und Probleme gelangt, folgerichtig aus dem zu Grunde gelegten, mehr oder weniger klar erkannten Rechtsbegriff, der der Ausgangspunkt aller gegenwärtigen Reformbestrebungen ist[141]).

Was also ist Wesen und Aufgabe des Rechts? Wenn oben (S. 34) von dem Recht einer völkischen Gemeinschaft gesprochen wurde, so bedeutet das schon eine Absage an alle diejenigen Auffassungen, die im Recht eine jenseits und über dem Volk in einer ihm entrückten Sphäre schwebende Gerechtigkeit sehen (Naturalismus), die in ihr ein System positiver Normen erblicken (Positivismus), es aus einem ewig gültigen Vernunftgesetz herleiten, es auf eine letzte religiöse Ordnung zurückführen oder sonstwie von der Wirklichkeit des Volkes lösen. Das, was Recht ist, kann nicht von einem Einzelmenschen in der Einsamkeit mit sich selbst gefunden oder für einen Einzelfall erdacht werden[142]). Recht ist Gestaltung des über Einzelfälle sowie über das Dasein und die Reichweite der Einzelmenschen hinausgreifenden und die völkische Gemeinschaft durchflutenden lebendigen Geistes, den schon Hegel unter der Bezeichnung des Gemeinwillens[143]) als die verpflichtende Lebensordnung des Volkes erkannt hat, von dem der Führer selbst gesagt hat[144]), er sei keine reine Abstraktion, kein bloßes Ideal, sondern größte Realität. Er ist weder abstrakt allgemeine Idee, noch träge ungeistige Lebensauffassung, sondern das Lebensgesetz und die schöpferische Kraft der auf Blut und

141) vgl. H. Henkel, „Deutsche Rechtserneuerung u. Rechtsphilosophie", i/Z. f. ges. StW Bd. 95 1935, S. 342.

142) vgl. M. Busse, „Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft", i/Deutsche Rechtswissenschaft I, 1936 S. 289 ff.

143) daß dieser nichts mit dem „volonté générale" zu tun hat, darüber sh. Larenz, „Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie", i/Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Bd. 109 1934, S. 7.

144) vgl. die Rede bei der Eröffng. d. Winterhilfswerks 1935.

Geist gegründeten wirklichen Gemeinschaft des Volkes, mit dem sich dieses Staat und Recht gestaltet[145]). Die Bedeutung des Rechts für das Volk liegt in seiner Funktion als das Volk erhaltende Lebensordnung, die es in seinem inneren und äußeren Bestand und in seiner Wesensart sichert. Zur wirklichen Ordnung von Kräften und Werten — die weit mehr ist als ein System von Interessen und Meinungen — wird das Recht, wenn es, im Volk erwachsend und ihm als von ihm selbst gewollter Wille und Befehl des Führers in der Form des Gesetzes[146]) als bestimmende Richtschnur seines gesamten Handelns vor Augen gestellt, auch vom Volk befolgt wird[147]). Wie der Staat ist dann auch das Recht Gestalt des politischen Volkes, ist die „in seiner politischen Idee begründete Ordnung des völkischen Gemeinschaftslebens[148]), die sich das Volk durch seine Führung gibt"[149]).

Wie nun die Volksgemeinschaft eine Einheit ist, in der alle politischen und sozialen Gegensätze überwunden werden, die blutsmäßig, politisch

---

145) vgl. Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl. 1935 S. 163 ff. Auf dieser Lehre vom Volksgeist bauen auch Binder und Larenz auf.

146) über den neuen Gesetzesbegriff vgl. bes. C. Schmitt, i/Z. d. A. f. D. R. 1935, S. 438 ff.

147) vgl. Busse, a. a. O. S. 290.

148) zur Erläuterung des Begriffs Volksgemeinschaft sei angeführt: Der Ausdruck Volksgemeinschaft bedarf einer bestimmten Auslegung, wenn er nicht zu Mißverständnissen führen soll. Wird wie hier unter Volk die Nation verstanden, sodaß also Volksgemeinschaft = Nationsgemeinschaft ist, so könnte das deutsche Volk unter Berufung auf die Volksgemeinschaft, die als höchster Wert gilt, sich — bei fälschlicher Auslegung — berechtigt fühlen, Enteignungen zum Nachteil der reichsangehörigen Polen, die zwar dem deutschen Volk rassemäßig verwandt, aber nicht volksgleich sind, vorzunehmen. Eine solche Auslegung würde aber gleichzeitig im Umkehrverhältnis, die polenländischen Polen berechtigen, im Interesse ihrer Volksgemeinschaft den deutschen polenländischen Staatsangehörigen gegenüber in gleicher Weise zu verfahren; ein Erfolg, der völlig außerhalb des Zweckes der deutschen Volksgemeinschaft liegt. Die Berufung auf die Volksgemeinschaft als eines höchsten Wertes genügt also nicht. Es muß — wie dies auch im Steueranpassungsgesetz 1934 § 17 zum Ausdruck kommt — Volksgemeinschaft und Allgemeinheit gekoppelt werden, denn selbstverständlich wird auch eine in weltbürgerlich liberalen Ideen ankernde Bezeichnung „Allgemeinheit" niemals allein einen höchsten Wert darstellen. Wohl aber kann in der Verbindung Volksgemeinschaft und Allgemeinheit ein Wert gefunden werden, der einerseits die Interessen der deutschen Volksgemeinschaft hinreichend berücksichtigt, andererseits aber ausschließt, daß andere Volksgemeinschaften im Deutschen Reich, vor allem aber deutsche Volksgemeinschaften in fremden Staaten unter dem Gesichtspunkt nationalisierender (fälschlich gemeinter Volksgemeinschaft) Politik benachteiligt werden.

149) vgl. Huber, i/Z. f. ges. StW. S. 57; ders., „Die Einheit der Staatsgewalt", i/DJZ 1934 Sp. 959; ders., „Die Totalität des völkischen Staates", i/Die Tat, 1934, S. 41; Henkel, Strafrichter und Gesetz im neuen deutschen Staat, 1934, S. 7; Schaffstein, Politische Strafrechtswissenschaft, 1934 S. 15.

und weltanschaulich geschlossen ist, so kann es in ihr auch nur ein wesensmäßig gleichartiges Recht geben. Daher wird auch der Gegensatz zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht als zweier in ihrem Wesen und in ihren Grundsätzen verschiedenartiger Rechtsgebiete durch die wesenhafte Einheit des volksordnenden Rechts überwunden[150]), denn das Rechtsprinzip der Ordnung des Gemeinschaftslebens i. S. eines gedeihlichen Einklangs unter allen Beteiligten gilt auf dem Gebiet des sog. Privatrechts in gleicher Weise und in gleicher Stärke wie im Gebiet des sog. Öffentlichen Rechts[151]). Das zeigt sich schon rein äußerlich in der staatlichen Lenkung der Wirtschaft, in der staatlichen Betreuung des Kulturschaffens[152]), in dem diese Bereiche des Arbeiter-, Unternehmer- und Bauernrechts weithin durchdringenden hoheitlichen Wirken des Staates oder öffentlicher Körperschaften[153]). Es zeigt sich vor allem aber in der inneren Durchdringung der persönlichen Lebens- und Rechtssphäre mit öffentlichen Bindungen, in der staatlichen Auffassung der Familie[154]), die, wie auch die beiden anderen Elementarbegriffe des alten bisherigen „Privatrechts" Eigentum und Vertrag, zu Grundformen des völkischen Gemeinschaftslebens, zu Einrichtungen einer durch politische Grundsätze bestimmten und gebundenen Ordnung geworden sind[155]). Damit ist die Lehre, daß das gesamte Privatrecht eine autonome Sphäre bilde, überwunden. Das bisher in dieser Weise wesensmäßig aufgefaßte „Privat-

---

150) vgl. bes. Huber, „Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts" i/Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, S. 151; Höhn, Rechtsgemeinschaft u. Volksgemeinschaft, 1935 S. 16; Eckart, Das Studium der Rechtswissenschaft, 1935 S. 23; Köttgen, Deutsche Verwaltung, 1936 S. 39; C. Schmitt, i/Z. d. A. f. D. R. 1935 S. 436 ff; Caroldsfeld, i/DJZ 1935 S. 1477; Koellreuter, Deutsches Verfassungsrecht, 1936 S. 15/16; Woelker, S. 253/54; Richter, a. a. O. S. 373; Dulckeit, i/Z. d. A. f. D. R. S. 277; Scheuner, i/DJZ 1935 S. 1462 ff; Reuß, „Die Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit", i/VerwArch. 1936 Bd. 41 S. 242, 244; Larenz, Rechtsphilosophie der Gegenwart, 1935. Daß von dieser Begründung der Einheit des Rechts aus der wirklichen Einheit des völkischen Lebens und der Bestimmung des Rechts, Lebensordnung der Gemeinschaft zu sein, keine Verbindung zu den Theorien führt, die schon bisher unter Leugnung des Dualismus zur Einheit des Rechts zu gelangen versuchten, darüber vgl. die rechtsphilosophische Auseinandersetzung Woelkers (a. a. O. S. 234—251) mit diesen Lehren.

151) vgl. Richter, i/Verw.Arch. 1936 Bd. 41 Heft 4, S. 374. Über die völkerrechtlichen Fragen im Hinblick auf öffentliches und privates Recht ein Urteil abzugeben, würde eine so umfangreiche Darstellung erfordern, daß sie den Rahmen dieser Dissertation sprengen würde.

152) vgl. H. Krause, i/Deutsche Rechtswissenschaft I, 1936, S. 302.

153) vgl. Huber, a. a. O., S. 150.

154) vgl. H. Krause, a. a. O. S. 302.

155) vgl. Huber, i/Z. f. ges. StW. 1934, S. 63 ff.

recht" ist hineingestellt in den Bereich, in dem sich das gesamte Leben des Volkes mit allen seinen Äußerungen abspielt, den Lebenskreis der von den Prinzipien politischer Ganzheit und völkischer Zusammengehörigkeit und Verantwortlichkeit durchdrungenen politischen Volksgemeinschaft. Mit großem Nachdruck haben Huber[156]) und Scheuner[157]) betont, daß man in den eben genannten Vorgängen nicht den rückläufigen Prozeß einer die grundsätzliche Geltung des Gegensatzes beider Rechtsgebiete nicht berührenden Wiederherstellung des Vorrangs des Öffentlichen Rechts vor dem Privatrecht, sondern vielmehr die Symptome einer inneren Überwindung des Gegensatzes durch die Einheit der Rechtsordnung zu erblicken habe, die „gegründet ist auf eine alle Gebiete durchdringende einheitliche politisch weltanschauliche Haltung."

Es kann für dieses einheitliche Recht als der Ordnung, in der das Volk sein Gemeinschaftsleben führt, keine bessere Bezeichnung geben als Gemeinschaftsrecht. So haben sich dieser Begriff und diese Bezeichnung auch bereits weitgehend durchgesetzt[158]).

§ 8. Die Zweiteilung des Rechtsstoffs als Gliederungsproblem.

Es fragt sich, ob, wenn auch durch die Einheit des Gemeinschaftsrechts eine Aufteilung der gesamten Rechtsordnung mittels einer trennenden Grundlinie in zwei vom Zwiespalt beherrschte Flächen Öffentliches Recht und Privatrecht undenkbar geworden ist, wenn auch ein Gegensatz zwischen beiden Rechtsgebieten nicht mehr besteht, dann nicht wenigstens ihre Unterscheidung i. S. einer Gliederung des gesetzten Rechts von der Rechtswissenschaft anerkannt werden kann.

Geht man von der Erkenntnis aus, daß die Unterscheidung öffentlich-rechtlich-privatrechtlich ursprünglich und ihrem Wesen nach eine funktio-

156) ders., i/Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, S. 151.

157) vgl. Scheuner, a. a. O. S. 1465.

158) Bereits die bahnbrechende Entscheidung des Sächsischen OVG vom 18. Januar 1935 Nr. 119 I/34 (abgedruckt in den Jahrbüchern des Sächsischen OVG Bd. 31 Heft 1 S. 1 ff., bes. S. 12) spricht von einem Gemeinschaftsrecht als der Ordnung, in der das Volk sein Gemeinschaftsleben führt. (Zitiert bei Woelker, a. a. O. S. 254).

Vgl. auch Huber, i/Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, S. 149 ff; Richter, „Gruppengemeinschaftsrecht", i/Verw.Arch. 1936 S. 374; Siebert, „Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung", i/Deutsche Rechtswissenschaft I 1936 S. 23; Larenz, „Gemeinschaft und Rechtsstellung", i/Deutsche Rechtswissenschaft I 1936 S. 31 ff, bes. S. 38/39.

nale ist[159]), d. h. daß sie auf einer verschiedenartigen Gestaltung der Rechtsverhältnisse beruht, man es also mit einer Einteilung nach den Rechtsverhältnissen zu tun hat, so wird man jeder Beantwortung der gestellten Frage enthoben, da es sich insoweit gar nicht um eine Gliederung des gesetzten Rechts handelt und nur von ihr in diesem Falle die Rede ist. Über die Bedeutsamkeit und Notwendigkeit einer solchen Unterscheidung an sich ist damit noch nichts gesagt. (Vgl. darüber insbes. u. § 10).

Berücksichtigt man dagegen die Tatsache, daß heute die Einteilung öffentlichrechtlich—privatrechtlich in erster Linie eine solche nach den Rechtssätzen, also eine solche des geschriebenen Rechts ist[160]), dann muß die oben gestellte Frage dahin beantwortet werden, daß diese Einteilung als Gliederungsmöglichkeit in der von neuen Gesichtspunkten beherrschten Rechtsordnung keine Alleingültigkeit mehr beanspruchen kann, daß sie aus ihrer beherrschenden Stellung verdrängt worden ist — und dies insbesondere aus der wesensmäßigen Erfassung des Ordnungscharakters des Rechts heraus. — Würde diese Gliederung als beherrschend über das gesamte Recht gestellt, so liefen wir Gefahr, daß aus der Gliederung wieder eine Trennung, zum mindesten gedanklich wird. Es ist deshalb versucht worden, diesen Gliederungsgedanken als einen solchen sekundärer Art zu behandeln, indem man die Rechtsstellung des einzelnen Volksgenossen nach seinem Beruf als erstrangige Gliederungsweise eingeschaltet hat, sodaß die Gliederung in öffentliches und privates Recht je für die einzelnen Berufsstände (Bauer, Betriebsführer, Gefolgschaftsmann, Beamter usw.) sich verschieden gestaltet. Damit wäre der Einheit des Rechts mit Rücksicht auf öffentliches und privates Recht zweifellos gedient. Freilich ist dann die Gefahr des Auseinanderfallens in ständische Rechtsteile in die Nähe erwägungsmäßiger Beurteilung gerückt. — Vielleicht liegt die Lösung insoweit auf einer Verbindung der beiden Gliederungsmethoden. Zu denken ist an eine im wesentlichen im Vordergrund stehende Gliederung nach berufsständischen Gesichtspunkten auf dem Gebiet des Organisations- und Sachenrechts, während eine Gliederung nach privatem und öffentlichem Recht im Gebiet des Verkehrsrechts im Vordergrund stehen könnte. — Diese bewußte Auseinander-

159) vgl. o. S. 5 u. 6.
160) sh. ob. S. 3 ff.

haltung und Verwendung zweier Gliederungsmethoden ist gerechtfertigt. Es ist sicher, daß das Recht als Ordnung (vgl. o. S. 35/36) nur erkannt werden kann in seinen lebendigen Wechselbeziehungen zum Volksleben, zum politischen, kulturellen und wirtschaftlichen Handeln und Schaffen des Volkes[161]), nicht nach theoretischen oder systematischen Vereinfachungsgesichtspunkten; denn gerade durch übermäßige Vereinfachung kommen wir zum Begriff des Abstrakten und zu einem abstrakten Rechtssystem, lösen das Recht nur in Beziehungen auf und verlernen, es als Ordnung der Gesamtheit des völkischen Lebens zu erfassen. — Konkret, d. h. in seiner Ordnungsfunktion deutlich erkennbar, kann nun sein einmal das Recht des Lebenskreises einer Personengruppe schlechthin (z. B. des Bauernhofes, des Betriebes); konkret können aber auch sein die Gebiete der Rechtsgeschäfte. Auch sie dienen der Ordnung der durch das Leben selbst gegebenen und bestimmten Lebensbereiche, die den Aufbau unseres neuen Rechtssystems maßgeblich bestimmen[162]). Für die vorgeschlagene Lösung spricht die Überlegung, daß da, wo die Person, ihr Handeln im Vordergrund steht, man geneigt sein wird, das Gesamtrecht im wesentlichen nach berufsständischen Gesichtspunkten aufzugliedern, während überall dort, wo es sich darum handelt, das Recht zwischen den Personen verschiedener Berufskreise oder verschiedenen Personen innerhalb eines Berufskreises in ihrem gegenseitigen Verhältnis übersichtlich zu machen, nichts anderes übrig bleibt, als es bei der Aufteilung in Geschäfte und ihr Recht zu belassen. Sie wird weiter der Tatsache gerecht, daß man jedes Ding, jede Einrichtung, jede Person in zweifacher Weise betrachten kann — und es auch muß, will man sie ihrem Wesen nach vollständig erfassen —; einmal gleichsam von innen heraus, als lebendige Erscheinung in sich, zum anderen in ihrer Beziehung zur Umwelt, zu anderen Erscheinungen, Einrichtungen, Dingen und Menschen, d. h. von ihren Grenzen aus. — Ansätze für eine solche Betrachtung und Gliederung finden sich auch im bisherigen Recht. So ist das Familienrecht fälschlich nicht als Personenrecht, sondern als eine Art Geschäftsrecht aufgegliedert worden, und hierin wird ein Wandel eintreten müssen. Andererseits hat es auch bisher schon die besonderen Formen des Berufsrechts und des Beamtenrechts gegeben, für die privates und öffentliches

161) vgl Busse, a. a. O. S. 289.
162) vgl. dazu Siebert, a. a. O. S. 245 ff; Busse, a. a. O. S. 293—296; Woelker, a. a. O. S. 255.

Recht erst zum Teil unter dem besonderen Beurteilungswinkel ihres Berufsstandes besondere Formen annahmen.

Damit ist ein — in Wirklichkeit allerdings niemals ganz zur Vollherrschaft gelangtes — „abstraktes Territorialitätsprinzip"[163]), wie es den systematisierenden Bestrebungen Holligers zu Grunde liegt, als nicht verwirklichungsfähig und auch nicht verwirklichungswürdig erkannt worden. Da, wo wir das Recht in nach Lebensbereichen abgegrenzten Teilordnungen aufbauen und gliedern, werden sich aber immer verschiedene Funktionen durchdringen müssen. Das gilt hinsichtlich der Frage der Gewaltausübung schlechthin, die ja sowohl privatrechtliche wie öffentlichrechtliche sein kann, die sowohl in Form der berechtigten öffentlichen wie der berechtigten privaten Gewalt existiert, wobei Träger öffentlicher Gewalt sein kann der Staat, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, wie die Gewalt ausübende Einzelperson (Beamter, Offizier usw.).

Etwas ähnliches schwebt wohl auch Waldmann vor[164]), wenn er für die Zwecke der Gesetzgebung trennen will

a) Gesetze mit vorbetonter Überordnung,

b) Gesetze mit vorbetonter Gleichordnung, und ein

c) Personenrecht. (Recht der Blutsverwandten + das im Volkheitsinteresse abgegrenzte Recht des Schöpferischen als ein unabdingbares Persönlichkeitsrecht + das Recht der Ehegatten)[165]). Aber bei ihm steht mehr das formale Bedürfnis des Gesetzgebers als der zu regelnde Lebensbereich — sei es der Einzelpersonen, sei es der Rechtsbeziehungen zwischen verschiedenen Personen — im Vordergrund, und es wird schwer halten, aus seinen Gedanken zu der von ihm erstrebten Überwindung des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht zu gelangen.

§ 9. Neue Gliederungsvorschläge seit 1933.

In dem Bestreben, unter Überwindung des gegensätzlich gespaltenen abstrakten Rechtssystems zu einer der reichen Gliederung des gesamtvölkischen Lebens gerecht werdenden, den Ordnungscharakter des Rechts erkennbar machenden und damit wirklichkeitsnahen neuen Gliederung der völkischen Rechtsordnung zu gelangen, ist die Rechtswissenschaft bereits

163) Sh. Richter, i/Verw.Arch. 1936 Bd. 41 S. 374—378.

164) vgl. dessen Artikel „Öffentliches und privates Recht in der n. s. Weltanschauung", i/Reichsverw.Bl. 1934, S. 733.

165) bezgl. des Völkerrechts vgl. Anm. 151.

daran gegangen, die Bezirke zu klären, die aus sich heraus lebendige Ordnungsbereiche zu sein vermögen[166]), und aus denen heraus sich „wie in magnetischen Kraftfeldern die Fülle des Faktischen nach dem Aufbaugesetz einer neuen Weltanschauung zu einer sinnvollen Volksordnung sammelt"[167]). Als solche in der völkischen Wirklichkeit selbst erkennbaren Lebensbereiche und Teilgemeinschaften sind insbesondere erkannt worden: Der Bauernhof (das bäuerliche Leben) und der Betrieb (= Unternehmen i. S. der Wirtschaftseinheit), die ihrerseits wiederum in ständische Gesamtordnungen, nämlich den Reichsnährstand und die Arbeitsfront einschließlich der gewerblichen Wirtschaft eingegliedert sind; ferner Familie, Gemeinde, Wehrmacht, Arbeitsdienst, Partei und Staat[168]). Entsprechend sind als sinnvolle Gliederungen — ohne daß bisher der Versuch einer erschöpfenden Aufstellung gemacht worden wäre — entwickelt worden: Die Ordnung der Familie, die Ordnung des Betriebes (Ordnung der nationalen Arbeit), die Ordnung des bäuerlichen Lebens, des Volksheeres, des Arbeitsdienstes, der Gemeinde u. a.[169]); d. h. fast durchweg von Bereichen, die jeweils das besondere Arbeits- und Wirkungsfeld einer bestimmten Berufsgruppe von Volksgenossen darstellen. Des Bauern, des Gefolgschaftsmannes bzw. Betriebsführers, des Beamten, Soldaten usw. Bei einer solchen Betrachtung sind im Bereich des Staates erkannt worden das Verfassungsrecht als Ausdruck der politischen Grundordnung, die Verwaltung als Bereich der Durchführung des politischen Führerwillens, das Verfahren als Ordnung für die Durchsetzung des völkischen Rechts[170]).

Diese Gesichtspunkte können aber nur Gliederungsmerkmale gedanklicher Art sein, genau wie die Einteilung privates und öffentliches Recht nur sinnvoll ist, wenn man sie als Gliederungspunkt gedanklicher Art betrachtet. So ist nämlich auch die Einteilung in die oben bezeichneten Ordnungen nicht ausreichend. Sie erfaßt nicht all dasjenige Wirken des einzelnen, das sich zwar im Rahmen seines Gesamtlebensbereiches abspielt, aber nicht zu dem speziellen Lebensbereich der rechtlichen Eingliederung gehört (Der Erbhofbauer gründet eine Familie, sammelt Wertobjekte kultureller Art, betätigt sich im Rahmen eines wirtschaftlichen Unterneh-

166) vgl. H. Krause, a. a. O. S. 327.
167) Seydel, i/D.R. 1936 S. 115.
168) vgl. dazu Seydel, a. a. O. S. 115 ff; Eichler, i/Deutsche Rechtswissenschaft I S. 262; Siebert, i/Deutsche Rechtswissenschaft I S. 245.
169) vgl. Busse, a. a. O. S. 296; Woelker, a. a. O. S. 255.
170) vgl. Woelker, a. a. O. S. 255.

mens, usw.). Da es insoweit nicht möglich und auch nicht beabsichtigt ist, dem einzelnen jede Betätigung außerhalb seines ihm rechtlich zugewiesenen Lebensbereiches zu verbieten, muß also neben dieser Grundlage eine 2. bestehen bleiben. Hierzu ist aber die Gliederung des bisherigen privaten- und die des öffentlichen Rechts durchaus geeignet und notwendig. Der Fortschritt liegt also nicht darin, daß wir die bisher beherrschende Aufteilung in öffentliches und privates Recht durch eine neue beherrschende Gliederung in Lebensbereichsrecht ersetzen, die genau so fremd wirken könnte, sondern darin, daß wir beide Gliederungsgrundgedanken miteinander verbinden. Damit wird dann auch dem Einwand begegnet, daß das neue Recht nur zwischenständisch, nicht überständisch brauchbar sei.

Ein sichtbarer Ausdruck des neuen Denkens im Recht und der erste maßgebliche Versuch einer neuen Gliederung des Rechtsstoffes ist die juristische Studienordnung von 1935. Sie wendet sich bewußt von der bisher üblichen beherrschenden Aufteilung des gesamten Rechts in öffentliches und privates ab und unternimmt es, von der durchgängigen abstrakten Scheidung der Rechtsnormen loszukommen dadurch, daß sie dort, wo eine solche Aufteilung sinnlos wäre — weil wirklichkeitsfremd und dem Ordnungscharakter des Rechts zuwiderlaufend — unter Anknüpfung an die Vorgänge des tatsächlichen Lebens, an das was in der Wirklichkeit zusammengehört, die vom Recht erkennbar geordneten Lebensbereiche selbst zu Gliederungen erhebt[171]), ohne diese wiederum unter die beherrschende Aufteilung öffentliches-privates Recht eines zweiteiligen Rechtssystems zu pressen. Das betrifft fast alle diejenigen oben (S. 42) genannten Ordnungen, die bisher als der Privatrechtssphäre zugehörig betrachtet und deshalb dem Rechtsteil Privatrecht eingegliedert wurden. Auch die Studienordnung berücksichtigt aber, daß diese neuen Ordnungen einen Bereich des Güteraustauschs ziemlich unangefochten bestehen lassen, den sie als das Gebiet des Rechtsverkehrs bezeichnet. Daneben bleibt die auch in der Studienordnung berücksichtigte Form des bisherigen „Öffentlichen Rechts" (Verfassung, Verwaltung) in ihren maßgeblichen Funktionen unangefochten.

Damit ist auch in der Studienordnung hervorgehoben, daß die Gliederung in öffentliches- und privates Recht nicht allein beherrschend sein kann. Wir haben gewissermaßen in der Studienordnung zwei gleich-

171) vgl. Schnorr v. Carolsfeld, i/DJZ S. 1475—1478; (hier S. 1478).

wertige Gliederungsformen, nämlich die in berufsständisches Recht und die in privates und öffentliches Recht — Bezeichnungen, die hier natürlich ganz losgelöst von den dogmatischen Trennungsvorstellungen, mit denen diese Begriffe bisher belastet waren, zu verstehen sind, d. h. rein als Rechtsvorschriften, welche durch ein verschiedenes Beziehungsverhältnis der Beteiligten (i. w. S., also auch Staat und Körperschaften umfassend) ausgezeichnete Lebensverhältnisse regeln.

Die Schwierigkeiten, die entstehen, wenn man umgekehrt allein das berufsständische bzw. Lebensbereichsgliederungsprinzip in den Vordergrund rückt, hebt mit Recht Scheuner hervor[172]). Er betont, daß es zwar die beherrschende Aufteilung der Rechtsordnung in privates und öffentliches Recht zurückdrängt — und das mit Recht, da diese dem neuen Ordnungsdenken nicht Rechnung trage —, legt aber andererseits Wert auf die Feststellung, daß die Gliederung in öffentliches und privates Recht dadurch nicht überhaupt überflüssig, sondern auch in Zukunft eine gewisse Bedeutung behalten werde.

Jede Gliederung in kleinere Bereiche drängt zu einer weiteren Zusammenfassung unter großen Gesichtspunkten. So ist auch von denjenigen, die sich unter Hervorhebung der neuen Gliederungsgesichtspunkte (vgl. o. S. 41—44) um eine Überwindung des erstarrten zweiteiligen Rechtssystems bemüht haben, versucht worden, das Recht der als Ordnungsgebiete erkannten Lebensbereiche zu großen, nach sachlich zusammenhängenden Lebensgebieten bestimmten Gruppen, Sachbereichen, zusammenzufassen. Hier eine endgültige, auf Alleingültigkeit Anspruch erhebende Gliederung aufstellen zu wollen, wäre anmaßend und hieße einer in der Entwicklung begriffenen Rechtsordnung feste Regeln und Gestaltungsformen vorschreiben. Huber[173]) findet eine solche Gliederung nach Sachstoffen in der Dreiteilung Staat, Stände, Rechtsverkehr; wir möchten uns unter besonderer Hervorhebung des Bereichs der Familie der von Scheuner[174]) gefundenen Einteilung: Recht der politischen Ordnung, (Bewegung, Staat, politischer Dienst), Stände (einschließlich Ordnung der Arbeit), Familie und Haus, und endlich Wirtschafts-Rechtsverkehr in der oben (S. 43) gekennzeichneten Bedeutung anschließen.

172) vgl. i/DJZ 1935 S. 1462 ff.
173) vgl. i/Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, S. 157/65.
174) a. a. O., S. 1466.

§ 10. Die praktische Verwertbarkeit der gewonnenen Ergebnisse insbesondere mit Rücksicht auf § 13 GVG.

A. Die verschiedenartige Gestaltung der Rechtsverhältnisse Grundlage für die verschiedene Zuständigkeit der Gerichte.

Eine Befürwortung der Aufrechterhaltung der so bekämpften[175]) Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht kann schon darin erblickt werden, daß auch die nach der nationalsozialistischen Revolution erlassenen Gesetze diese Bezeichnungen häufig gebrauchen. Hinzuweisen sei hier nur auf § 10 RJgdG vom 3. Juli 1934 (Reichsgesetzblatt I S. 549), das Gesetz über den Ausgleich bürgerlichrechtlicher Ansprüche vom 13. Dez. 1934 (RGBl. I S. 1235), § 17 I. DfV zum RMährstG i. d. F. vom 26. April 1935 und § 1 Reichsbeamtengesetz vom 26. Jan. 1937 (RGBl. I S. 186). Die Weiterverwendung dieser Bezeichnungen und der denselben zu Grunde liegenden Unterscheidung ist auch völlig unproblematisch dann, wenn man sich vergegenwärtigt, daß sie nicht mehr Ausdrücke für zwei wesensfeindliche Systeme darstellen und daß die beiden Gliederungsgruppen nicht mehr die das ganze Recht beherrschende abstrakte Aufteilung der Rechtsnormen in zwei gegensätzliche Sphären bedeuten, sondern Gliederungen in einem einheitlich ausgerichteten völkischen Gemeinschaftsrecht darstellen. Erkennt man diesen Bedeutungswandel an, so wird es gar nicht notwendig sein, nach anderen Bezeichnungen zu suchen, die jene ersetzen könnten. Das ist namentlich von Bedeutung im Hinblick auf § 13 GVG, Vorschrift, bei der der Unterschied eine grundlegende Rolle spielt und deren Bedeutung für die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht auch durch § 4 EGGVG, der dem Gesetzgeber gestattet, den ordentlichen Gerichten die Gerichtsbarkeit auch über Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zu übertragen, nur vermindert, nicht aufgehoben ist[176]). Er bestimmt, wann der ordentliche und wann der Verwaltungsrechtsweg in Frage steht und grenzt — übereinstimmend § 2 ArbGG und § 3 Abs. II RBeamtHG vom 22. 5. 1910 — die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte durch die Zuweisung aller nicht Verwaltungsbehörden bzw. -Gerichten oder Sondergerichten zugeteilten „bürgerlichen"-privaten Rechtsstreitigkeiten an dieselben ab. Nicht nur für den Augenblick noch, sondern auch in Zu-

175) vgl. statt vieler Huber, a. a. O., S. 151 ff.
176) vgl. Loeb, a. a. O. S. 4.

kunft wird diese Vorschrift Bedeutung haben, da auch das künftige Bestehen einer besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit als feststehend angenommen werden darf — trotz der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts[177]). — Die Zuständigkeit der beiden bisherigen Hauptzweige der Gerichtsbarkeit (Ordentliche Gerichte und Verwaltungsgerichte)[178]) wird nur heute nicht mehr durch die vom 18. und 19. Jht. so stark betonte Gegenüberstellung der beiden Rechtsgebiete und durch den aus dem Gewaltenteilungsprinzip folgenden Gegensatz von Justiz und Verwaltung, sondern durch reine Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte bestimmt. Diese Zweckmäßigkeit gebietet, nachdem heute die Notwendigkeit, aber auch die besondere Aufgabe der Verwaltungsgerichte im Staat Anerkennung gefunden hat, die eben in ihrer Nähe und Sachkunde zu den Fragen der Verwaltung liegt, die Teilung der von einem Richter, der nicht alle Gebiete des Rechts beherrschen kann, nicht zu bewältigenden Aufgaben"[179]). Auch in Zukunft werden wir also mit den bisherigen Bezeichnungen, mit öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Streitigkeiten zu rechnen haben.

Bürgerliche-private Rechtsstreitigkeiten und öffentlichrechtliche Streitsachen sind nun nichts als die entsprechenden Arten von Rechtsverhältnissen, betrachtet unter dem Gesichtspunkt behördlicher Kompetenz im Streitfall[180]). Daher liegt auch die verschiedene Art der im Streit befangenen Rechtsverhältnisse der verschiedenen Zuständigkeit der Gerichte zu Grunde und geht sie damit zurück auf das eigentliche Wesen der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, das, wie schon oben

177) vgl. hierzu Stuckart, Deutsche Verwaltung 1935, S. 161 ff; Reuß, i/DR 1935 S. 401 ff; Knauth, i/DVerwBl. 1935 S. 105 ff; derf. i/DJZ 1935 S. 1394; Schmitt, i/RVerwBl. 1935 S. 405 ff.

178) Sie haben durch die Disziplinar- und Ehrengerichte der Berufsstände bereits eine starke Ausweitung erfahren. Während ordentliche Gerichte und Verwaltungsgerichte der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung zu dienen bestimmt sind, indem sie dem Rechtsdurchsetzungsanspruch sowohl der Gesamtheit als auch des einzelnen nachkommen, erfassen die Disziplinar- und Ehrengerichte den einzelnen als Glied innerhalb einer besonderen berufsständischen Gemeinschaft und zwar ganz, als Gesamtpersönlichkeit; sie beurteilen daher seine Handlung nicht in erster Linie nach ihren mehr oder weniger weittragenden Folgen für einzelne Volksgenossen oder auch für die Gesamtheit, sondern nach der Art der Gesinnung, aus der heraus sie entsprungen sind, — also in ihrer Rückwirkung auf das Gesamtbild des Betreffenden. — Bedeutet seine Handlung eine Diskriminierung seiner Gesamtpersönlichkeit, was ist der ganze Mann nach dieser Handlung unter Berücksichtigung seiner sonstigen Eigenschaften wert, wie steht er allgemein, wie hat er sich im besonderen durch seine Handlungsweise zu seinem Volk, zum Nationalsozialismus gestellt? Das ist die Frageweise und Beurteilungsmethode der Disziplinar- und Ehrengerichte.

179) vgl. Scheuner, a. a. O. S. 1467.

180) vgl. Holliger, a. a. O. S. 99.

(S. 6) gesagt, auf der verschiedenartigen Gestaltung der Rechtsverhältnisse und damit der Lebenstatbestände durch die im Staat und als Staat lebende politische Gemeinschaft beruht. Sie also ist im Einzelfall bestimmend dafür, ob der ordentliche oder der Verwaltungsrechtsweg in Betracht kommt, wobei wegen des auch heute noch vom Reichsgericht und einem Teil der Lehre vertretenen Standpunktes zu berücksichtigen ist, daß der Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" historisch zu verstehen ist, sodaß er zum Teil auch öffentlichrechtliche Fragen einschließt[181]).

B. Die Anerkennung einer funktionalen Unterschiedlichkeit der Rechtsverhältnisse auch im einheitlichen Gemeinschaftsrecht.

Eine Verschiedenartigkeit der Lebenstatbestände, der Gestaltung der Rechtsverhältnisse, erkennen wir auch heute noch, auch wenn wir von der Einheit des Gemeinschaftsrechts ausgehen. Ja, sie gehört geradezu zum Wesen des Gemeinschaftsrechts, das — wie Huber treffend ausführt[182]) — weder durchgängiges Einungsrecht („so die alten vertraglichen und genossenschaftlichen Staatstheorien, die alles Recht auf die Grundkategorie der freien Einung zurückführen"), noch vollständige Befehlsordnung ist (so „das bolschewistische System, das die Persönlichkeit und ihre Selbstverantwortung durch Befehl und Zwang gänzlich ausschaltet"). Die Verschiedenartigkeit leugnen würde bedeuten, unter Überwindung des alten Zwiespalts im Recht „über das Ziel hinauszugehen und zu einer vollkommenen Gleichförmigkeit im Gebiet des Rechts zu gelangen, die den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht wird"[183]). Es ist eben rein tatsächlich etwas anderes, ob man sich ein Haus kauft, oder ob einem die Baugenehmigung zur Errichtung eines Hauses erteilt wird, ob man einen Altenteilsvertrag abschließt oder wegen Verlustes der Bauernfähigkeit abgemeiert wird, ob man über sein Grundstück testamentarisch verfügt oder ob es einem enteignet wird, weil eine Autobahnlinie darüber hinwegführen oder ein Flugplatz darauf errichtet werden wird, ob man einem Gläubiger sein Klavier verpfändet oder ob es einem auf Grund eines vollstreckbaren Titels des Gläubigers durch den Gerichtsvollzieher gepfändet wird.

---

181) vgl. Scheuner, a. a. O. S. 1467.
182) a. a. O. S. 153 ff.
183) vgl. Richter, a. a. O. S. 375.

Diese Unterschiede bleiben grundsätzlich bestehen, werden aber zweckmäßig nicht beherrschend dem Lebensbereichsrecht übergeordnet, sondern ihm nachgeordnet, soweit es möglich ist; soweit es nicht möglich ist, wird dieser Unterschied auch über die einzelnen Lebensbereichsordnungen hinaus als Grundlage eines Gliederungsprinzips des gesetzten Rechts bestehen bleiben müssen. Inwieweit nun eine Verbindung der vorherrschend durch die Gliederungsmerkmale der Berufsstände beeinflußten Rechtsordnung mit denjenigen Rechtsordnungsteilen, die vorwiegend durch den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht beherrscht werden, herbeigeführt werden kann, das ist Problem und Aufgabe der neuen Rechtsgestaltung.

C. Die Unterscheidung der privatrechtlichen, d. h. durch Volksgenossen eigenverantwortlich gestalteten Rechtsverhältnisse von den öffentlichrechtlichen, d. h. durch das unmittelbare Tätigwerden von Trägern öffentlicher Gewalt ausgezeichneten Rechtsverhältnissen die Grundlage für die verschiedene Zuständigkeit der Gerichte gemäß § 13 GVG.

Worin liegt nun äußerlich erkennbar dieser Unterschied? Wie läßt er sich, abgesehen von einer gefühlsmäßigen Erfassung, mit Worten erklären?

Es ist bereits gesagt worden (s. o. S. 5), daß die Gewalttheorie erst sekundär ein „Kriterium" für die Scheidung der Rechtssätze in öffentlichrechtliche und privatrechtliche liefert, primär dagegen zu einer Scheidung der öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisse von den privatrechtlichen Rechtsverhältnissen kommt. Wenn sie definiert: Öffentlichrechtlich sind alle Normen, die ein Rechtsverhältnis maßgeblich regeln, an dem der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Gewalt als solcher beteiligt ist[184]), so ist das eine Weiterung der ursprünglichen Begriffsbestimmung nach dem Wesen der Rechtsverhältnisse. Danach sind öffentlichrechtlich alle Rechtsverhältnisse, die die Ausübung der öffentlichen Gewalt zum Gegenstand haben, privatrechtlich alle anderen[185]), d. h., von modernen Gesichtspunkten aus gesprochen, alle diejenigen, die von Volksgenossen eigenverantwortlich gestaltet werden.

Es ist bestritten worden, daß die Gewalttheorie heute noch in der Lage

184) vgl. o. S. 5.
185) vgl. O. Mayer, Verw.R. I, S. 15, 107.

sei, uns das Wesen und die Besonderheit derjenigen Rechtsverhältnisse klar zu machen, die bisher ihre Überführung in die Sphäre des alten Öffentlichen Rechts zur Folge hatte[186]). Und das deshalb, weil sie den Gegensatz zwischen Einzelperson und Staat — besser zwischen Persönlichkeit mit Gewalt[187]) und ohne Gewalt — auf das allerschärfte herausstelle, weil der Staat i. S. der Gewalttheorie eine mit Herrschaftsgewalt ausgestattete Persönlichkeit sei, die mit obrigkeitlichen Befehlen und Anordnungen den einzelnen anweise, was er zu tun und zu lassen habe; ein Begriff also, der als aus der Vorstellungswelt des absoluten Staates stammend heute nicht mehr anerkannt werden könne. Historisch gesehen trifft diese Argumentation zu; allein wer zwingt uns, die Gewalttheorie dauernd mit dieser Staatsvorstellung zu verknüpfen, wenn sie uns doch das Wesen der Sache aufzeigt, daß nämlich der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Gewalt mit den ihm eigenen Funktionen ein Rechtsverhältnis maßgeblich gestaltet? Die Notwendigkeit der Unterscheidung verschiedenartig gestalteter Rechtsverhältnisse ist bisher nicht bestritten worden und kann auch nicht bestritten werden, da sie allein dem bestehenden Zustand Rechnung trägt, daß einerseits der Staat im Rahmen der politischen Führung Raum läßt für die eigene Entfaltung völkischen Rechtslebens, dessen Grundform die eigenverantwortliche Gestaltung von Lebensverhältnissen durch Volksgenossen ist, er also kein System totaler Zwangsverwaltung bedeutet, daß aber andererseits viele Dinge mit den Mitteln öffentlicher Gewalt geordnet werden. Führte früher diese Feststellung zu einer Trennung der verschiedenartig gestalteten Rechtsverhältnisse und zu einer Zuweisung derselben in verschiedene gegensätzliche Sphären, so wird sie heute nur als eine der vielen Gegebenheiten für die Gesamtgestaltung empfunden[188]), die zum Wesen des Gemeinschaftsrecht gehört, in dessen Ordnungen diese Momente — man denke nur an das Bauern- oder das Arbeitsrecht — unlöslich verbunden sind. Und das deshalb, weil die Vorstellung vom Staat als juristischer Persönlichkeit mit Herrschergewalt und Verkörperung obrigkeitlicher Befehlsgewalt gegenüber dem ihm unterworfenen Untertan, wie sie geschichtlich gesehen der Subjektionstheorie zu Grunde liegt, für uns verloren gegangen ist. Der Staatsbegriff ist also nicht überhaupt verschwunden, sondern hat

186) sh. bes. Huber, a. a. O. S. 155.

187) darunter sind in diesem Zusammenhang zu verstehen Staat, öffentlichrechtliche Körperschaft und Gewalt ausübende Einzelperson.

188) vgl. Woelker, a. a. O. S. 266.

nur einer neuen Betrachtungsweise vom Wesen und von der Aufgabe des Staates Platz gemacht, die ihn seiner Funktion nach nicht mehr als Selbstzweck, sondern nur als ein Mittel im Dienst der Volkserhaltung und Volkserstarkung betrachtet, inhaltlich aber doch nicht einer bestimmten Macht- und Gewaltfülle beraubt[189]). Auf ihn kann die Gewalttheorie übertragen werden. Sie wird dann i. S. der Vermeidung einer gegensätzlichen Auffassung der (o. S. 47 f. festgestellten) verschiedenartigen Gestaltung von Rechtsverhältnissen durchaus tragbar, wenn man berücksichtigt, daß dieser Staat seine Gewaltfülle nicht zu eigenmächtigen und eigennützigen Zwecken erhalten hat, sondern allein dazu, sie im Dienste der völkischen Erhaltung und Erstarkung zu verwenden; daß also die Träger dieser öffentlichen Gewalt auch Rechtsverhältnisse nur im Dienst an der Volksgemeinschaft gestalten und damit i. S. einer Ordnung des gesamtvölkischen Lebens wirken, die zugleich eine Ordnung des Lebensbereiches der einzelnen Volksgenossen bewirkt. Derartig gestaltete Rechtsverhältnisse können zwar unterschieden werden von den privaten, d. h. denjenigen Rechtsverhältnissen, die von Volksgenossen zwecks Ordnung ihres persönlichen Lebensbereiches eigenverantwortlich gestaltet werden, können ihnen aber nicht trennungsmäßig gegenübergestellt werden. Und vor allem: diese verschiedenartig gestalteten Lebensverhältnisse bleiben gedanklich eingelagert in die Ordnungsbereiche, in denen sie zur Entstehung kommen. Sie werden nicht ideenmäßig zwei scharf getrennten wesensfeindlichen Rechtssphären, die sich, alle Ordnungsbereiche durchschneidend über der ganzen Rechtsordnung abstrakt und diese beherrschend erheben, zugewiesen. Gestaltung von Rechtsverhältnissen mit Mitteln der öffentlichen Gewalt gibt es daher im Bereich der politischen Ordnung, wie in der Ordnung der Stände, wie der Familie und des Hofes, wie des Rechtsverkehrs (man denke hier nur an die privatrechtsgestaltenden Staatsakte). Eigenverantwortliche Gestaltung von Rechtsverhältnissen gibt es zwar in erster Linie im Bereich des Rechtsverkehrs, der Familie und des Hauses, aber auch häufig im Sachbereich Stände und nicht selten im Bereich der politischen Ordnung — hier besonders im Rahmen der fiskalischen Verwaltung —. Beide Arten der Rechtsgestaltung gehören zum Wesen eines jeden Ordnungsbereiches: das ist das Neue dieser Betrachtungsweise. Die Vertreter der römischen Theorie des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht hätten diese funktional

189) Diese ist, da dem Staat zwecks Erfüllung seiner Aufgaben vom Führer übertragen, ihrem Wesen nach Führungsgewalt.

verschiedengestalteten Rechtsverhältnisse aus ihren natürlichen Ordnungen heraus gerissen; sie hätten die Rechtsnormen, welche durch das Tätigwerden von Trägern öffentlicher Gewalt ausgezeichnete Lebenstatbestände regeln, dem Rechtsteil öffentliches Recht des zweiteiligen Rechtssystems zugeordnet, und hier hätten sich dann, auf einer abstrakten Ebene, wild durcheinandergewürfelt und vollkommen zusammenhanglos Rechtssätze aus dem Bereich der nationalen Arbeit, des bäuerlichen Lebens, der Familie usw. wiedergefunden. Man denke nur an das, was Holliger Grueber[189a]) vorwirft, der — nicht ganz in der abstrakten Denkweise seiner Zeit befangen, mit einem gewissen Gefühl für die Zusammengehörigkeit aller einen bestimmten Lebensbereich ordnenden Rechtsvorschriften — erklärt hatte, eine scharfe Grenzlinie zwischen Öffentlichem und Privatrecht lasse sich nicht ziehen, weil das Gebiet des Privatrechts fortgesetzt in steigendem Maße von den Normen des Öffentlichen Rechts durchdrungen würde. Ihm gibt Holliger zu bedenken, daß nicht das Gebiet des Privatrechts, sondern das Gebiet der Privatrechtskodifikationen von den Normen des Öffentlichen Rechts durchdrungen werde, woraus sich nur folgern lasse, es sei eine Grenzlinie zwischen letzteren und den öffentlichrechtlichen Kodifikationen nicht scharf zu ziehen; das aber stände gar nicht zur Diskussion[190]).

Huber lehnt die Beibehaltung der Begriffe öffentlichrechtlich und privatrechtlich als unzeitgemäß, überlebt und irreführend ab. Er kennzeichnet die funktionale Unterschiedlichkeit der Rechtsverhältnisse, die auch er als das eigentliche Wesen der Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht herausstellt, dahin, daß die einen durch das unmittelbare Wirken der politischen Führung ausgezeichnet, daß sie durch Mittel hoheitlicher Führung gestaltet seien, die anderen aber im Wege volksgenössischen Zusammenwirkens zustande kämen. Dementsprechend spricht er von hoheitlichem und volksgenössischem Recht[191]). Wenn man rein auf Verfassung und Verwaltung, nicht auf Strafrecht, Steuerrecht, Prozeßrecht und Vollstreckungsrecht abstellt, dann erscheint mit Bezug auf „hoheitliches Recht" gesehen sein Vorschlag als zutreffend. Allein Strafvollzug auf Grund eines Strafurteils, Zwangsvollstreckung auf Grund eines vollstreckbaren Titels und ähnliche Akte haben mit politischer Führung nur noch so

189a) vgl. dessen Einführung in die Rechtswissenschaft, i/Birkmeyers Enzyklopädie.
190) vgl. Holliger, a. a. O. S. 55 ff.
191) a. a. O. S. 154 ff.

wenig zu tun, daß diese im Einzelfall nicht als charakteristisches Merkmal in den Vordergrund gestellt werden kann, man vielmehr bei der Bezeichnung öffentliches Recht bleiben muß. Die Beibehaltung des Ausdrucks Privatrecht aber ist ungefährlich dann, wenn er losgelöst von seiner dogmatischen Belastung in der oben (S. 48) gekennzeichneten Bedeutung aufgefaßt wird.

An der gleichen Unvollkommenheit im Einzelfall leiden auch die Ausführungen Woelkers[192]). Auch er entwickelt sehr klar, daß das Wesen der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht in einer funktionalen Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse zu suchen sei, daß sie beruhe auf einer auch heute durchaus anzuerkennenden verschiedenartigen Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch die im Staat und als Staat lebende politische Gemeinschaft. Diese Begriffe seien aber infolge ihrer dogmatischen Verschiebung, durch ihre Festlegung als Ausdrücke eines zwiespältigen abstrakten Rechtssystems geschichtlich vorbelastet und bedürften der Ausschaltung. Den sich durch § 13 GVG seinen theoretischen Ausführungen entgegensetzenden Schwierigkeiten sucht W. vom Treuegedanken her zu begegnen. Er geht davon aus, daß in beiderlei Rechtsverhältnissen die gleiche Kraft lebendig sei, die, wie auch das Reichsbürgergesetz es zum Ausdruck bringe, für alle Volksgenossen Richtschnur ihres Handels sein müsse, die Kraft, die der Lebenszusammenhang des Volkes sei, die alle miteinander und diese mit allen verbinde, die Treue. In ihr gingen alle Lebensbeziehungen auf, durch sie würden alle äußerlich verschiedenen Formen der Gestaltung von Lebensverhältnissen gleich ausgerichtet. Sie sei kein bloßer Begriff, ihre Erfüllung kein bloßes Wunschbild mehr, sondern sie sei die in der Wirklichkeit vorhandene sichtbare Gebundenheit, die alle Volksgenossen untereinander und mit der Führung verbinde; sie lebe in der Partei und allen ihren Gliederungen, im Arbeitsdienst, im Volksheer, in der Betriebsgemeinschaft, in der Arbeitsfront, im Beamtentum und durchdringe die gesamte Führungsordnung. „Die Treue ist die alles durchströmende Kraft, darum kann auch im Recht nichts anderes sich gestalten als die Treue". Aus dieser Erkenntnis heraus will Woelker die Rechtsverhältnisse danach unterscheiden, ob sich in ihnen die Treupflicht als „öffentliche", d.h. unmittelbar der Gemeinschaft gegenüber erwiesene Treupflicht, oder nur als Treu-

192) vgl. a. a. O. S. 266 ff.

pflicht zum andern, als die ganz besondere persönliche Bindung der einzelnen Volksgenossen untereinander auswirke. In den letzteren werde die Treupflicht nicht der Gemeinschaft unmittelbar, sondern mittelbar durch die Treue zum anderen erwiesen. „In diesen Treuverhältnissen untereinander gestalten sich die Volksgenossen diejenigen Lebensgebiete, die ihnen die Gemeinschaft zur eigenen verantwortungsbewußten sittlich freien Betätigung überlassen hat."

Dieser Grundgedanke mag für viele öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse zutreffen, allein ihn zum charakteristischen Merkmal für die Unterscheidung im Einzelfall zu machen, wird kaum angehen, denn bei einer Pfändung, bei einer Strafvollstreckung auf Grund einer Tat, durch die der Täter sich außerhalb der Volksgemeinschaft gestellt hat, und ähnlich gelagerten Fällen von der Erfüllung einer Treupflicht der Gemeinschaft gegenüber sprechen zu wollen, hieße die Wirklichkeit verkennen. Treue setzt auch innere Bereitschaft und Bindung voraus. Gerade sie ist in den oben genannten Fällen kaum je vorhanden, und es würde zu einer Verwässerung des Treugedankens führen, wollte man ihn zum bestimmenden Merkmal für diese Rechtsverhältnisse erheben.

Schlußwort.

Ohne eine grundsätzliche Einteilung in privates und öffentliches Recht geht es nicht; sie soll nur nicht das einzige und alles beherrschende Einteilungsprinzip sein. Das ergibt sich sowohl aus den Vorschlägen, die Huber, als aus denen, die Woelker macht. Ein Unterschied zwischen öffentlicher Treupflicht und Treupflicht zum anderen ist, wie wir sahen, sowohl inhaltlich als auch logisch unrichtig; und mit Rücksicht auf das oben (S. 51) Dargelegte, wonach sich eben öffentliches Recht nicht nur auf Verfassung und Verwaltung erstreckt, ist auch die Hubersche Einteilung in hoheitliches und volksgenössisches Recht nicht zu gebrauchen. Gerade unter volksgenössischem Recht kann eher das Gemeinschaftsrecht als das Recht der Beziehungen der einzelnen Volksgenossen untereinander verstanden werden, und hoheitliches Recht langt aus den oben genannten Gründen nicht aus.

Unter diesen Umständen müssen wir uns noch vergegenwärtigen, welche Gefahren bei einer rein berufsständischen Einteilung des Rechts in den

Vordergrund rücken. Diese liegen weniger auf dem Gebiet der rechtlichen Konstruktion als auf dem Gebiet der justiziellen Verwirklichung.

Vielleicht kann durch eine Verbindung der beiden Gliederungsformen — auch wenn sie konstruktiv nicht befriedigt — das politische Ziel erreicht werden, daß künftig das Recht trennungsmäßig weder in öffentliches und privates, noch in das Recht der einzelnen Berufsstände auseinanderzufallen droht.

Literaturverzeichnis.

Bäumler, Alfred, Artikel „Der politische Volksbegriff" i/Jgd. und Recht 1934 S. 100 ff.

v. Below, Georg, Der deutsche Staat des Mittelalters, Bd. I 1914.

Bierling, Ernst Rudolf, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe Teil 2, Gotha 1883.

Binder, Julius, Philosophie des Rechts, Berlin 1925 (danach zitiert). 2. vollkommen neu bearbeitete Auflage 1937.

— Der deutsche Volksstaat. Tübingen 1934.

Bluntschli, Artikel „Mittelalterliche und moderne Staatsidee", in dem von ihm und Brater herausgegebenen Staatswörterbuch Bd. 6 1861.

Boehmer, Gustav, Einführung in das bürgerliche Recht, Leipzig 1932.

Bornhak, Conrad, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1909.

Busse, Martin, Artikel „Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft" und „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, ein Bericht", i/Deutsche Rechtswissenschaft I 1936.

Cosack, Konrad und Mitteis Heinrich, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd. Allgemeine Lehren und Schuldrecht, 8. Aufl. Jena 1927.

Dernburg, Heinrich, Pandekten I, 1884 6. Aufl.

Dulckeit, Gerhard, Artikel „Öffentliches und Privatrecht im römischen Recht" i/ZdAfDR S. 277 ff.

Eckhardt, Karl August, Das Studium der Rechtswissenschaft, Hamburg 1935.

Eichhorn, Karl Friedrich, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. 1—4 5. Aufl. Göttingen 1843—44.

Eichler, Hermann, Artikel „Wandlungen im System des Privatrechts", i/Deutsche Rechtswissenschaft I 1936.

Fleiner, Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928.

Gareis, Karl, Wenger, Leopold, Rechtsenzyklopädie und Methodologie als Einleitung in die Rechtswissenschaft, 5. Aufl. Gießen 1921.

Gerber, Hans, Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches, Tübingen 1933.

v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht I, Leipzig 1895.

— Die sozialen Aufgaben des Privatrechts, Berlin 1889.

— Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.

— Das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. III, Berlin 1881.

v. Haller, L. C. Restauration der Staatswissenschaft. 2. Aufl.

Hänel, Albert, Deutsches Staatsrecht. 1. Bd. Die Grundlagen des Staates und die Reichsgewalt. Leipzig 1892.

Hatschek, Julius, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 5. und 6. Aufl. Leipzig 1927 (danach zitiert); 7. und 8. Aufl. 1931.

Hedemann, Justus Wilhelm, Einführung in die Rechtswissenschaft. i/Grundrisse der deutschen Rechtswissenschaft Bd. IX, 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.

Hegel, Johannes, Bericht über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts. Hamburg 1935 (H. 12 der Schriftenreihe „Der deutsche Staat der Gegenwart").

Hegel, G. W. F., Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte. (In der Reclam-Ausgabe von F. Brunstedt).

Helfritz, Hans, Allgemeines Staatsrecht als Einführung in das öffentliche Recht und Grundlage politischen Denkens. Berlin 1. Aufl. 1924 (danach zitiert) 2. Aufl. 1928.

Henkel, Heinrich, Artikel „Der Kampf um das öffentliche Recht, i/Zeitschr. f. öff. Recht 1929 Bd. 8.
— Artikel „Der Parteigedanke im Strafverfahren" i/Deutsches Strafrecht 1935, Heft 5.
— Artikel „Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie. Eine Besprechung" i/ZdgesStW 1935 Bd. 95.
Herrnritt, Rudolf Hermann, Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921.
Hildebrandt, Heinz, Rechtsfindung im neuen deutschen Staat. Leipzig 1935. (i/Schriften der Akademie für deutsches Recht: Gruppe V.)
Hitler, Adolf, Mein Kampf, München 1933.
Höhn, Reinhard, Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken. Hamburg 1934.
— Artikel „Staat und Rechtsgemeinschaft" i/Zsdges.StW. Bd. 95 S. 657 ff.
— Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson. Berlin 1935.
— Artikel „Partei und Staat" i/DR 1935 S. 474 ff.
— Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, Hamburg 1935. (Heft 14 der Schriftenreihe „Der deutsche Staat der Gegenwart").
Huber, Ernst Rudolf, Artikel „Die Einheit der Staatsgewalt" i/DJZ 1934 Sp. 959.
— Die Gestalt des deutschen Sozialismus. Hamburg 1934.
— Artikel „Die deutsche Staatswissenschaft" i/Zsdges.StW. 1934 S. 1 ff.
— „Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts" i/Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935.
— Artikel „Partei, Staat, Volk" i/DR 1935 S. 312.
Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre. 4. Neudruck Berlin 1922.
— Das Recht des modernen Staates. 5. Neudruck. Berlin 1929 von W. Jellinek.
Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht (i/Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. XXV) 2. Aufl. Berlin 1929.
Jhering, Rudolph, Geist des römischen Rechts, Teil I—III. Leipzig 1852—65.
Jung, Erich, Artikel „Über die Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Recht und über die Gliederung des gesamten Rechtsstoffes" i/ZRPhil. 2 (1919) S. 293 ff.
Kaskel, Walter, Arbeitsrecht (i/Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. XXXI) 3. Aufl. Berlin 1928.
— Artikel „Begriff und Gegenstand des Sozialrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach i/DJZ 1918 S. 541 ff.
Kaufmann, Erich, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus. Tübingen 1926.
Kelsen, Hans, Allgemeine Staatslehre (i/Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. XXIII) Berlin 1926.
— Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1911.
— Artikel „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft" i/Arch. öff. R. Bd. 31 (1913).
— Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Tübingen 1922.
Koellreuter, Otto, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England. Eine rechtsvergleichende Studie. Tübingen 1912.
— Artikel „Öffentliches Recht" i/HdR IV 1927 S. 265 ff.
— Volk und Staat in der Verfassungskrise. Berlin 1933.
— Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus. Berlin 1935.
Koettgen, Arnold, Deutsche Verwaltung. Mannheim und Berlin 1936.
Kohler, Josef, Einführung in die Rechtswissenschaft. 6. Aufl. Leipzig 1929.
Krause, Hermann, Artikel „Rechtseinheit und ständisches Recht. i/Deutsche Rechtswissenschaft I 1936.

Krieck, Ernst, Die deutsche Staatsidee. 1917.
— Der Staat des deutschen Menschen. Berlin 1933.
Laband, Paul, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 5. Aufl. (in 4 Bänden) 5. Aufl. Tübingen 1911—1914.
Lamprecht, Karl, Deutsches Wirtschaftsleben im Mittelalter. Leipzig 1866.
Lange, Heinrich, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat. Tübingen 1934.
Larenz, Karl Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie. (i/Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 1934 Bd. 109).
— Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart. Berlin 2. Aufl. 1935.
Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. Berlin-Leipzig 1928.
Leo, Heinrich, Studien und Skizzen zu einer Naturlehre des Staates. 1833.
Leonhard, Rudolf, Institutionen des römischen Rechts. Ein Lehrbuch. Leipzig 1894.
Leuthold, C. E., Öffentliches Interesse und öffentliche Frage im Verwaltungsrecht (i/Hirth's Annalen. Jhrgg. 1884 S. 321 ff).
Loeb, Arthur, Öffentliches Recht — Privatrecht — Sozialrecht die Dreiteilung im Rechtssystem. Inauguraldissertation Frankfurt a. Main 1930.
Maßmann, Artikel „Die öffentlichrechtliche Vorfrage im bürgerlichen Rechtsstreit" i/Fischers Zeitschrift Bd. 66 S. 129 ff.
Maunz, Theodor, Artikel „Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts seit 1933" S. 283 ff.
— Neue Grundfragen des Verwaltungsrechts. Hamburg 1934.
Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. 2 Bände, 3. Aufl. München und Leipzig 1924.
Merkel, Adolf, Juristische Enzyklopädie. 7. Aufl. Berlin 1922.
Meyer, Herbert, Artikel „Öffentliches und Privatrecht nach germanischer Anschauung" i/ZdAfDR (1935) S. 49 ff.
Meyer-Anschütz, Georg Meyers Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. bearb. von Gerhard Anschütz, München und Leipzig 1919.
v. Mohl, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. Bd. I Erlangen 1855.
— Enzyklopädie der Staatswissenschaft. 2. Aufl. 1872.
Mommsen, Theodor, Römisches Staatsrecht Bd. I 3. Aufl. Leipzig 1871.
Pernice, Artikel „Beziehungen des öffentlichen römischen Rechts zum Privatrecht" i/ZdSS Bd. XXVIII.
Prazak, Artikel „Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden" i/Arch.öff.R. IV (1889) S. 241 ff.
Radbruch, Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Aufl. Leipzig 1929.
Reuß, Artikel „Die Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit" i/Verw.Arch. Bd. 41 1936.
Richter, Lutz, Grundverhältnisse des Arbeitsrechts. Berlin 1928.
Richter, Bodo, „Gruppengemeinschaftsrecht" i/Verw.Arch. 1936 Bd. 41 Heft 4.
Rosenberg, Alfred, Der Mythus des 20. Jahrhunderts. München 1936.
v. Savigny, Friedrich Carl, System des römischen Rechts. Bd. 2 Berlin 1840.
Schack, F., Artikel „Die Abkehr von der „Gewaltenteilung" in der deutschen Staatslehre und -praxis der Gegenwart". i/Fischers Zeitschrift Bd. 72 S. 81 ff.
Schaffstein, Friedrich, Politische Strafrechtswissenschaft. Hamburg 1934.
— Artikel „Der Begriff Strafanspruch und sein rechtspolitischer Gehalt" i/DJZ 1934, Heft 19.
Schelcher, Walter, Artikel „Justiz und Verwaltung, ein Beitrag zur Abgrenzung der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte und der Verwaltungsbehörden" i/Ergänzungsheft zu Fischers Zeitschr. Bd. 50.
— Artikel „Zum Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit nach § 13 GVG" i/Verw.Arch. Bd. 28 S. 337 ff.

Scheuner, Ulrich, Artikel „Die Bedeutung der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht insbesondere für die Gerichtsverfassung" i/DJZ 1935 S. 1462—65.
— Artikel „Die nationale Revolution" i/Arch.öff.R. Neue Folge Bd. 24 S. 166 ff.
Schmidt, Bruno, Der Staat. Eine öffentlichrechtliche Studie (i/Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen) Leipzig 1896.
Schmidt, Richard, Einführung in die Rechtswissenschaft. 3. Aufl. Leipzig 1934.
Schmitt, Carl, Hugo Preuß, sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre (i/Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 72) Tübingen 1930.
— Der Begriff des Politischen. München 1933.
— Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Hamburg 1934.
— Artikel „Die Rechtswissenschaft im Führerstaat" i/ZdAfDR Heft 7 S. 435 ff.
Schnorr v. Carolsfeld, L., Artikel „Die Notwendigkeit neuer Begriffsbildung im bürgerlichen Recht" i/DJZ 1935 S. 1475 ff.
Schönfeld, Das Rechtsbewußtsein der Langobarden. (i/Festschrift f. Alfred Schultze 1934 S. 373 f.)
Schulz, Fritz, Prinzipien des römischen Rechts. 1934.
Siebert, Wolfgang, Artikel „BGB.-System und völkische Ordnung" i/Deutsche Rechtswissenschaft Bd. I 1936.
Sohm, Rudolph, Die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung. Weimar 1871.
Spiegel, Ludwig, Die Verwaltungsrechtswissenschaft (Beiträge zur Systematik u. Methodik der Rechtswissenschaft) Leipzig 1909.
Stahl, Friedrich, Philosophie des Rechts. Bd. 1 (Geschichte der Rechtsphilosophie) München und Leipzig 1878.
Stein, Friedrich, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. Tübingen 1912.
Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht. I. (i/Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd. 18) Berlin und Leipzig 1924.
Triepel, Heinrich, Der Konviktorienbeitrag der Landschaft Norder-Dithmarschen — Zur Lehre von den Grenzen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. (i/Festschrift f. Heinrich Brunner zum 50jährigen Dr.-Jubiläum) München und Leipzig 1914 S. 523 ff.
Waldmann, Öffentliches und privates Recht in der nationalsozialistischen Weltanschauung. i/Reichsverw.Bl. 1934 S. 733 ff.
Wagner, Hermann, Artikel „Volk, Staat und Reich. Zum Neubau deutscher Staatslehre". i/Jgdr. u. Recht 1937 Heft 9.
Walz, Gustav Adolf, Vom Wesen des öffentlichen Rechts. (Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht, Heft 15) Stuttgart 1928.
Weyr, Franz, Artikel „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems" i/Arch. öff.R. 1908 S. 529 ff.
Woelker, Joachim, Artikel „Der Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht" i/Fischers Zeitschrift Bd. 72 (1935).

II. Zeitschriften, Entscheidungssammlungen usw.

Arch.civ.Prax.	=	Archiv für die civilistische Praxis, zugleich Fortsetzung des Archivs für bürgerliches Recht. Herausgegeben von Professoren der Tübinger Juristen-Fakultät, Tübingen.
Arch.öff.R.	=	Archiv des öffentlichen Rechts, herausgegeben von Gerber, Koellreuter, Medicus. Tübingen.
DJZ.	=	Deutsche Juristen-Zeitung. Herausgegeben von Dr. Carl Schmitt, München und Berlin.
DR.	=	Deutsches Recht. Zentralorgan d. National-Sozialistischen Rechtswahrerbundes. Herausgeber: Dr. Hans Frank, Berlin.
Deutsche Rechtswissenschaft	=	Deutsche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Karl August Eckhardt Hamburg.
Deutsches Strafrecht	=	Deutsches Strafrecht (zugleich Fortsetzung von Goltdammers Arch. f. Strafrecht). Herausgegeben von Dr. jur. Roland Freisler, Berlin.
Enzyklopädie d. Rechtswissenschaft	=	Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abtlg. Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Kohlrausch-Kaskel, Berlin.
Fischers Zeitschr.	=	Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht. Herausgegeben von Dr. Walter Schelcher, Leipzig.
HdR.	=	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Fritz Stier-Somlo u. Alexander Elster. Berlin u. Leipzig.
Hdw. d. Staatsw.	=	Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Herausgegeben von L. Elster, A. Werber, Fr. Wieser, 4. Aufl. Jena 1923 ff.
Jahrb. d. Sächs. OVG.	=	Jahrbücher des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts.
Iherings Jahrb.	=	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Dr. A. Schultze u. Dr. H. Siber Jena.
Jgd. u. R.	=	Jugend und Recht. Organ der Jungen Rechtswahrer des N.S.-Rechtswahrerbundes und der Reichsfachgruppe Rechtswissenschaft der Reichsstudentenführung. Herausgeber: Der Reichsgruppenwalter Junge Rechtswahrer des NSRB., Heinz Billing.
JW.	=	Juristische Wochenschrift. Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des N.S.-Rechtswahrerbundes. Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter Rechtsanwälte Dr. H. Droege. Leipzig und Berlin.
LZ.	=	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht. Gegründet von Düringer, Jaeger u. Keenige.) Herausgegeben von Dr. Hans Schuler. München, Berlin und Leipzig.
NS.Hbch.	=	Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. Herausgegeben von Dr. Hans Frank. München 1935 (2. Aufl.).
PW.	=	Pauly-Wissowa-Kroll-Mitteis, Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft.
Recht u. Staat	=	Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften. Tübingen.
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Berlin und Leipzig.
RVBl.	=	Reichsverwaltungsblatt. Herausgegeben von Mirow, Lammers, Pfundtner, Koellreuter, Medicus. Berlin.

Verw.Arch.	=	Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Herausgegeben von Schultzenstein und v. Keil.
ZdSS.	=	Zeitschrift der Savigny-Stiftung.
ZdAfDR.	=	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. Herausgeber: Der Präsident der Akademie für Deutsches Recht, Reichsminister Dr. Hans Frank. Berlin.
ZfdgesStW.	=	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. Herausgegeben von Hermann Bente, E. R. Huber, Andreas Predeöhl. Tübingen.
ZRphil.	=	Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis. Herausgegeben von Holldack, Jung u. Reichel. Leipzig.

Lebenslauf.

Ich wurde am 12. Oktober 1914 in Mühlhausen/Thrg. als Sohn des Eichungsinspektors Paul Knorr und seiner Ehefrau Auguste, geb. Elosheim, geboren. Nach dreijähriger Grundschulausbildung in Magdeburg besuchte ich zunächst das dortige Domgymnasium, dann das Reformrealgymnasium in Halle (Saale). Hier legte ich Ostern 1933 die Reifeprüfung ab.

Anschließend studierte ich in Halle und Kiel Rechtswissenschaft. Am 20. März 1937 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt in Naumburg (Saale) die erste juristische Staatsprüfung und trat im April 1937 in Alsleben (Saale) als Gerichtsreferendar in den Vorbereitungsdienst der Justiz ein. Im Februar 1938 erfolgte meine Ernennung zum Regierungsreferendar bei der Regierung in Merseburg.

Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 22. Februar 1938 ab.

Die Themenstellung der Arbeit und wichtige Hinweise verdanke ich Herrn Professor Dr. Noack, wertvolle Anregungen und Klarheit bringende Aussprachen Herrn Professor Dr. Langer. Ihnen beiden sei auch an dieser Stelle mein aufrichtiger Dank ausgesprochen.